
PUBLICACION DEL
CONSEJO NACIONAL DE LA JUDICATURA



REVISTA JUSTICIA DE PAZ

Proyecto de **F**ortalecimiento de la **C**apacitación Inicial
y **C**ontinua de **O**peradores **J**urídicos
(AECJ - CNJ)

No. 15

REPÚBLICA DE EL SALVADOR
Año VI - Vol. I
Mayo - Agosto 2003

PLENO DEL CONSEJO

PRESIDENTA

Licda. Silvia Lizette Kuri de Mendoza

CONSEJALES PROPIETARIOS

Dra. Mirna Ruth Castaneda de Alvarez

Dr. Carlos Mauricio Molina Fonseca

Lic. René Mauricio Castillo Panameño

Dra. Hortensia Cruz de López

Licda. Alicia Aguirre de Pérez

Lic. José Ricardo Reyes



ESCUELA DE CAPACITACION JUDICIAL

Dr. José Ernesto Criollo- Dirección

Licda. Berta Díaz Zelaya - Sub - Dirección



**Proyecto de Capacitación Inicial y Continua de Operadores Jurídicos
AECJ -CNJ**



OFICINA TECNICA DE COOPERACION DE LA EMBAJADA DE ESPAÑA

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

Dra. Beatriz González - Directora del Proyecto de Capacitación



Diseño, Diagramación y Edición:

Unidad de Producción Bibliográfica y Documentación, CNJ - ECJ



Los artículos publicados son de la exclusiva responsabilidad de sus autores

Consejo Nacional de la Judicatura

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

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

Prólogo

1. La Justicia Constitucional en la actualidad. Especial referencia a América Latina 1
Pablo Pérez Tremps
2. Una introducción al Art. 3 de la Constitución: aspectos generales sobre el derecho a la igualdad 19
Roberto Enrique Rodríguez Meléndez
3. Sobre la Punibilidad de la Tentativa Inidónea en el Nuevo Código Penal..... 44
Santiago Mir Puig
4. Imputación Objetiva y Principio de Lesividad..... 69
Hernán Hormazábal Malareé
5. El Sistema Penal Salvadoreño 82
Carlos Ernesto Sánchez Escobar
6. La Necesidad del Control Judicial de las Penas 139
Julio Fernández García
7. El Derecho a la Propia Imagen como Derecho de la Personalidad y como Derecho Patrimonial 161
María Eulalia Amat Llari
8. El Principio de Legalidad y el Sistema Tributario 177
María Dolores Arias Abellán
9. Modelo de Justicia Restitutiva 191
Carlos Ernesto Sánchez Escobar
10. La Administración de la Carrera Judicial: un Debate Inconcluso 227
Sidney Blanco
11. Capacitando Jueces: más allá del desarrollo de una capacidad técnica para el análisis del Derecho 251
Roberto Rodríguez Meléndez

PROLOGO

Con la asunción por parte del Proyecto de Fortalecimiento de la Capacitación Inicial y Continua de Operadores Jurídicos (AECI-CNJ) de las labores de edición y difusión de la revista "Justicia de Paz" se abre una nueva etapa en la ya consolidada trayectoria de esta publicación.

Es éste, por ello, un momento oportuno para recordar cómo esta revista, nacida en el marco de actividades del Proyecto de Asistencia a los Juzgados de Paz (AECI - CSJ), ha venido incorporando durante los últimos años un importante acervo de ciencia y de experiencia que juristas básicamente españoles y salvadoreños han querido poner a disposición de la comunidad jurídica de El Salvador, y cómo ha llegado a convertirse en un elemento central de trabajo y de consulta para los operadores del sector de justicia.

El Programa de Justicia para El Salvador de la Agencia Española de Cooperación Internacional durante el período 2002 - 2005 no podía dejar de tener en cuenta a la revista "Justicia de Paz" como uno de los instrumentos encaminados a conseguir el más alto objetivo de mejorar el servicio de la independencia y de la competencia de sus operadores. Por esa razón, no sólo ha sido incorporada al Proyecto de Fortalecimiento de la Capacitación Inicial y Continua de Operadores Jurídicos que ejecuta la Escuela de Capacitación, Judicial del Consejo Nacional de la Juricatura, sino que se nutrirá también, en los próximos años, de las aportaciones de los profesores españoles que viajen a El Salvador para participar en el Proyecto de Cursos de Doctorado de Derecho para Universidades de El Salvador, consiguiendo así convertirla en difusora de las más modernas doctrinas científicas en las distintas áreas del Derecho al tiempo que en portavoz de la problemática que la aplicación de las normas jurídicas plantea a los juzgados y tribunales salvadoreños y de las soluciones sugeridas al respecto, manteniendo siempre el alto nivel técnico-jurídico que hasta ahora ha caracterizado a esta publicación.

Pero además de esto, conscientes de la importancia que tiene la participación de los propios jueces y operadores jurídicos en general en la construcción de un modelo de Justicia democrático y eficaz, proponemos que la revista "Justicia de Paz", en la nueva etapa que ahora inicia, se convierta en un respetuoso cauce de expresión de los jueces y magistrados salvadoreños y de los demás operadores jurídicos del sector, así como de las necesidades y carencias, que todavía presenta el sistema de justicia, analizado, todo ello, por quienes tienen la doble ventaja de verlo desde dentro y con un enfoque profesional y técnico.

Por fin, solo nos queda agradecer a todos los que en su momento han dedicado su tiempo, sus habilidades y sus conocimientos y experiencia a engrandecer esta publicación, reconocer el esfuerzo de la Corte Suprema de Justicia, con sus propios medios humanos y materiales y a través del Dr. Homero Sánchez Cerna y de su equipo de trabajo, para mantenerla viva durante el período transcurrido entre la última intervención de la Cooperación Española en el sector de justicia y la presente etapa y exhortar a todos los juristas salvadoreños a participar, a través de este medio, en la edificante tarea de fortalecer la justicia en El Salvador.

Juan Francisco Montalbán Carrasco
Embajador de España en El Salvador.

PRESENTACION

El Consejo Nacional de la Judicatura se complace en asumir la elevada responsabilidad de continuar con la publicación de la Revista "Justicia de Paz", dignamente iniciada y conservada hasta el número anterior por la Honorable Corte Suprema de Justicia. Tal como se indica en el Prólogo, del Excmo. Señor Embajador de España, Don Juan Francisco Montalbán Carrasco, dicha responsabilidad se comparte con el Proyecto de "Fortalecimiento de la Capacitación Inicial y Continua de Operadores Jurídicos. Primera Fase", que el Consejo ejecuta con la asistencia de la Agencia Española de Cooperación Internacional.

La continuación de este esfuerzo pondrá de manifiesto las características de la estrategia de intervención de la Cooperación Española en este nuevo proyecto de apoyo al mejoramiento de la administración de justicia salvadoreña. Especialmente, la orientación de sus actividades hacia más y diversas áreas del trabajo jurisdiccional, como el Derecho Constitucional, Civil, Mercantil, Administrativo, entre otros. Es decir, que reflejará la expectativa de ampliar las alternativas de autoformación de los funcionarios judiciales y demás operadores del Sector de Justicia, acentuando el enfoque de su contenido hacia temas propios de esas otras áreas.

En vista de ello, el Consejo ratifica la invitación hecha en el prólogo, que los operadores jurídicos salvadoreños dedicados a la investigación y reflexión sobre temas vinculados al mejoramiento continuo del servicio de la justicia, aprecien el ya connotado espacio que esta Revista constituye, como un instrumento para la puesta en común de sus ideas, propuestas o planteamientos. También, agradece a los lectores la comunicación de temas o problemas que debieran recibir atención mediante los artículos que esta publicación difunde. Así, al tiempo que aprovechen el valioso material publicado, estarán contribuyendo a retroalimentar al Consejo y al proyecto antes mencionado, para que su trabajo corresponda cada vez más a las necesidades y expectativas de sus destinatarios.

Esta cordial invitación comprende a los profesionales del Derecho que ejercen la docente universidad y que, además de ser interlocutor cualificados para los diálogos que pretenden estimular esta publicación, comparten con el Consejo - aunque sea respecto de una fase previa, pero precisamente por ello, fundamental - la responsabilidad de formar a los operadores jurídicos del país.

1. LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL EN LA ACTUALIDAD. ESPECIAL REFERENCIA A AMÉRICA LATINA

Pablo Pérez Tremps*

SUMARIO

1.- PLANTEAMIENTO. 1.1.- Hoy la justicia constitucional sólo puede concebirse como un concepto material sustantivo. 1.2.La justicia constitucional surge como “garantía”, pero es sobre todo mecanismo de interpretación, más que de garantía. 1.3.La justicia constitucional como elemento de legitimidad democrática. 1.4 .La justicia constitucional como elemento de transformación jurídica: el ordenamiento hoy es otro, la legalidad se ha reforzado con la idea de constitucionalidad. 1.5. No hay un modelo único de justicia constitucional pero tiende a que el sistema se cierre con un órgano especializado. 1.6. Aunque existan diferencias, hay un núcleo de competencias que definen la justicia constitucional. 2. LA JURISDICCION CONSTITUCIONAL ALCANZA, EN TODO CASO A JUECES Y TRIBUNALES ORDINARIOS, AUNQUE LOS MECANISMOS TECNICOS DE ARTICULOS VARIEN. 2.1. La convivencia entre jurisdicción voluntariay jurisdicción constitucional debe resolverse en una cierta supremacía lógico funcional de la segunda. 3. LA EXISTENCIA DE LA JUSTICIA ELECTORAL Y LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL. 4. LOS RIESGOS QUE COMPORTA LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL. 4.1. La importancia de la voluntad política en la configuración de la justicia constitucional: Consenso mejor que cuotas. 4.2 La importancia del autocontrol o *self restraint* y de que la justicia constitucional responda al principio de “justicia rogada”. 4.3 Importancia de un diseño técnico adecuado de la justicia constitucional. 5. UNA JUSTICIA CONSTITUCIONAL DIGNA. 6. UNA JUSTICIA CONSTITUCIONAL ABIERTA.

Quisiera comenzar mi intervención manifestando mi agradecimiento a los organizadores de este evento y a las Universidades Centroamericana y Autónoma de Barcelona por su invitación a participar en el mismo y por la posibilidad que, con ello, me dan de compartir con todos ustedes esta sesión de trabajo.

1.- PLANTEAMIENTO

El tema sobre el que me han pedido que me detenga es el de la situación actual de la justicia constitucional, especialmente en América

* Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad Carlos III de Madrid. Doctor en Derecho por la Universidad Complutense. Ha sido Letrado del Tribunal Constitucional español y Vocal de la Junta Electoral Central de su país. Es autor, entre otros trabajos, de Tribunal Constitucional y Poder Judicial, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid 1985, o Derecho Constitucional (en colaboración), 5ª edic., Tirant Lo Blanch, Valencia 2002. Es, asimismo, coordinador del proyecto Justicia Constitucional en Iberoamérica.

Latina. Se trata, pues, de una exposición general cuya finalidad pretende ser sólo la de enmarcar este tema, del que hay que adelantar que representa uno de los más importantes del Derecho Público de finales del siglo XX, y, con seguridad, de principios del siglo XXI.

El punto de partida de la exposición me parece que sólo puede ser uno: la constatación de la gran expansión que los mecanismos de justicia constitucional han tenido en los últimos tiempos en todo el mundo y singularmente en Latinoamérica ¹.

Es significativo a este respecto que la mayor parte de las abundantes reformas constitucionales totales o parciales llevadas a cabo en las décadas de los años 80 y 90 en América Latina hayan incorporado o reforzado instituciones de justicia constitucional. Como simple botón de muestra puede recordarse que incluso México, con un sistema jurisdiccional muy asentado desde hace más o menos siglo y medio, ha convertido su Suprema Corte de Justicia de la Nación, diseñada originariamente como un tradicional tribunal supremo, en un auténtico tribunal constitucional en sus reformas de 1994-1995 ².

Pues bien, este fenómeno de expansión de la justicia constitucional debe llevar a plantearnos algunas preguntas que servirán de hilo conductor a esta intervención; básicamente, esas preguntas son dos: ¿por qué se ha producido esa extensión de la justicia constitucional? y, en segundo lugar, la cuestión más técnica de ¿cómo se ha producido esa extensión y qué efectos ha tenido y está teniendo en el sistema jurídico y político?.

Pero antes de dar respuesta a esa pregunta, y con finalidad exclusivamente de clarificar la exposición, deberíamos detenernos, aunque sea de forma breve, en concretar qué entendemos por justicia constitucional.

1.1. Hoy la Justicia Constitucional sólo puede concebirse como un concepto material o sustantivo.

Tradicionalmente la justicia constitucional se concebía como un concepto formal, lo que muy posiblemente se debía a un cierto "eurocentrismo jurídico". En efecto, durante buena parte del siglo XX, la justicia constitucional era la justicia constitucional concentrada, diseñada de acuerdo, más o menos, con el modelo que configurara Hans Kelsen durante la década de los años 20 y que se plasmara originariamente en las constituciones checa y, sobre todo austriaca, y, por tanto, como justicia constitucional residenciada en un órgano ad hoc, lo que contrastaba con el otro gran modelo de control de constitucionalidad de las leyes, el modelo difuso norteamericano o de ~~los~~ consagrado en Estados Unidos

1. Véase, por ejemplo, Eguiguren Praeli, F. Los tribunales constitucionales en Latinoamérica: una visión comparativa, CIEDLA, Buenos Aires 2000.

2. Sobre la reforma en México puede verse, por ejemplo, Cossío Díaz, José Ramón, "La justicia constitucional en México", en Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997, pp. 221-253.

por el Juez Marshall desde la Sentencia ~~en~~ 1803 a partir de los precedentes de control de constitucionalidad de leyes estatales.

Sin embargo, en la actualidad, mantener esa dicotomía entre modelo concentrado o kelseniano, y modelo difuso o norteamericano, resulta muy difícil ya que la misma división se ha visto superada por el desarrollo de otros modelos en los que conviven técnicas procesales de control concentrado con técnicas de control difuso, y en los que órganos jurisdiccionales ad hoc conviven, y a veces se integran, con órganos judiciales ordinarios que desarrollan tareas de defensa y control de constitucionalidad. Y esa ruptura de los cánones tradicionales de la justicia constitucional se produce, muy significativamente, en América Latina, y buena muestra de ello es el caso de El Salvador, donde el órgano especializado de justicia constitucional, la Sala de lo Constitucional, se encuentra integrada en la Corte Suprema de Justicia. La consecuencia conceptual de esta superación de la tradicional dicotomía justicia constitucional concentrada europea versus justicia constitucional difusa norteamericana es que, en la actualidad, la justicia constitucional ya no puede identificarse a partir de elementos formales o institucionales; necesariamente el concepto de “justicia constitucional” hay que entenderlo como un concepto material y sustantivo, que no es otro que el conjunto de técnicas tendentes a garantizar e interpretar la constitución mediante mecanismos jurisdiccionales, sean éstos los que sean.

1.2 La justicia constitucional surge como “garantía”, pero es sobre todo mecanismo de interpretación, más que de garantía.

Delimitado el sentido en el que hay que entender en la actualidad la justicia constitucional, debemos detenernos en una segunda característica de la situación actual de esta institución jurídica, como es la relativa a la función o funciones que cumple. Como es sabido, la justicia constitucional, en especial en su diseño kelseniano, surge ante una situación de crisis de la idea de constitución, como un mecanismo más para afianzar y garantizar los principios y valores constitucionales, y muy significativamente los derechos fundamentales y los derechos de las minorías frente a las mayorías parlamentarias. Y, en muchos ordenamientos, la introducción de mecanismos de justicia constitucional responde a esa misma idea de crear un ~~en~~ expresión del propio Kelsen, ante situaciones de crisis o de debilidad constitucional. Ciertamente, ese papel de garante o defensora de la constitución que representa la justicia constitucional resulta muy destacado y útil en los procesos de transición política desde regímenes autoritarios hacia auténticos sistemas democráticos. Ello explica en buena medida ese gran protagonismo que los tribunales, cortes o salas constitucionales han tenido en el proceso de renovación del

constitucionalismo latinoamericano vivido en las últimas décadas, proceso que, no debe olvidarse, no ha sido sino el broche formal al intento de cerrar décadas de autoritarismo y regímenes de facto que, en ocasiones incluso habían desembocado en guerras civiles. Esas instituciones de justicia constitucional nacieron con la firme voluntad de contribuir a la tarea de defender las constitucionales nacionales y asentar los valores que en ellas se consagran.

Ahora bien, por desgracia, en algunos casos las situaciones de "debilidad constitucional" se prolongan demasiado tiempo y, por ello, lo que se espera de los tribunales constitucionales, cualquiera que sea su denominación, es precisamente, y sobre todo, que frenen ataques a la constitución, ataques que muchas veces pueden acabar con la libertad. Una buena muestra de ello, sin duda, puede verse en la ejemplar reacción que tuvo la Corte de Constitucionalidad de Guatemala, reaccionando frente al intento de autogolpe de estado del Presidente Serrano, reacción que contribuyó decisivamente al fracaso del mismo y, por tanto, al mantenimiento del sistema democrático. Pero también han existido ejemplos de lo contrario³. Consciente del papel que el Tribunal Constitucional podía tener en la defensa de la Constitución y del sistema democrático, el régimen peruano del Presidente Fujimori no tuvo reparo en forzar la expulsión de parte de los jueces constitucionales, expulsión solamente reparada mediante su reintegración a los cargos en una decisión que imponía no sólo la justicia humana sino la propia credibilidad de los valores constitucionales⁴.

Pero, a un mismo tiempo, allá donde, felizmente, la crisis desaparece o se atempera y el riesgo de involución democrática se diluye y se aleja, la justicia constitucional sigue representando un papel muy importante para el sistema político y jurídico, pero en parte distinto. La defensa de la Constitución, en estos casos, se "desdramatiza", y se torna en una tarea de interpretación y actualización de los contenidos constitucionales sumamente valiosa para mantener el vigor democrático. Dicho de otra forma, no se trata ya sólo, ni siquiera primordialmente, de "proteger" la Constitución frente a embates autoritarios, sino de protegerla frente a eventuales lesiones que no cuestionan el sistema constitucional en sí, y, sobre todo, de enriquecer sus contenidos, de adecuar éstos a la propia evolución de la sociedad, de ser no sólo ni siquiera primordialmente garante de la constitución sino intérprete de la Constitución.

1.3. La justicia constitucional como elemento de legitimidad democrática.

La siguiente cuestión a la que querría referirme es la del papel

3. Sobre esta cuestión puede verse J. M. García Laguardia....

4. Véase al respecto, ...

que la justicia constitucional representa o puede representar para legitimar el sistema democrático. Si en los viejos y asentados sistemas jurídicos con instituciones de justicia constitucional existe un cierto debate sobre cuál es el fundamento democrático de la existencia y del funcionamiento de la justicia constitucional sobre esta cuestión puede verse, por ejemplo, V. Farreres, "Justicia Constitucional"⁵, en otros países, y en especial en algunos países de América Latina, la cuestión es en cierto sentido la contraria, esto es, que la justicia constitucional se convierte en un elemento muy importante de legitimidad del sistema democrático. Ello, aunque pueda resultar paradójico, no deja de ser algo preocupante. Conviene aclarar esta afirmación. No se trata, claro está, de que sea nocivo que la justicia constitucional actúe como elemento de legitimidad del estado de derecho; por el contrario, esta es precisamente una de las tareas que debe cumplir. Lo que resulta preocupante es el hecho de que la importancia que en el proceso de legitimidad del estado democrático tiene la justicia constitucional sea, a veces, excesiva. Si esto es así no lo es por culpa de la propia justicia constitucional, sino porque ésta viene a "tapar" los huecos que otras instituciones dejan en ese proceso de legitimidad.

En efecto, y como es sabido, en el estado democrático la legitimidad del sistema es, por definición, una legitimidad popular que se debe articular, sobre todo, a través de un poder legislativo elegido por el pueblo y, en los sistemas presidencialistas, por un poder ejecutivo también nacido de las urnas. Sin embargo, es también un lugar común que, en muchos de los países latinoamericanos, existe una cierta crisis de legitimidad de las instituciones, mayor o menor según los casos, y que responde a un complejo de razones que sería imposible si quiera sintetizar ahora: crisis de los partidos políticos, abusos sistemáticos de poder, elementos estructurales económicos, prácticas más o menos generalizadas de corrupción política, etc... Pues bien, lo que ha sucedido en algunos casos es que esos vacíos de legitimidad han sido ocupados, en parte, por otros órganos, especialmente por defensorías de derechos humanos (piénsese, por ejemplo en el caso de Perú) y, por lo que ahora interesa, por órganos de justicia constitucional, que, ante la falta de "empuje" democrático de los poderes tradicionales, se han visto conducidos a ocupar una posición institucional que no es la que en principio les corresponde; un ejemplo paradigmático de ello es el de la Corte Constitucional Colombiana, institución de un reconocido prestigio en el país y fuera de él, pero acentuado, sin duda, por la débil legitimidad de los poderes tradicionales del Estado ante la situación de crisis profunda del país andino-caribeño.

Este fenómeno de la justicia constitucional como elemento legitimador del sistema tiene un lado positivo por cuanto objetivamente se contribuye

5. Sobre esta cuestión puede verse, por ejemplo, V. Farreres, Justicia constitucional y democracia, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid 1997.

a sostener el estado democrático, pero también un lado negativo porque supone forzar en cierto sentido una institución sacándola de su lugar natural, con los riesgos que ello comporta. En todo caso, la solución a estas situaciones no vendrá de modificar la justicia constitucional sino de recomponer un equilibrio institucional adecuado a base de reforzar los demás poderes del estado.

1.4. La justicia constitucional como elemento de transformación jurídica: el ordenamiento hoy es otro. La legalidad se ha reforzado con la idea de constitucionalidad.

Situándonos, ahora, en un terreno más jurídico-formal, la siguiente idea que creo que permite identificar el papel de la justicia constitucional en la actualidad es la de su papel como elemento de transformación del ordenamiento jurídico. En efecto, los sistemas jurídicos latinoamericanos, como buena parte de los europeos, a pesar de insertarse en sistemas institucionales presidencialistas, se han basado en las categorías tradicionales del derecho continental, y en especial en la posición central de la ley, en cuanto expresión de la voluntad general, según la vieja concepción de Rousseau. Sin embargo, la aparición de la justicia constitucional ha conducido a una cierta transformación del ordenamiento, que se ve impregnado de los principios y valores constitucionales merced, en especial, a la actuación diaria de la justicia constitucional. Dicho de otra forma, la vieja idea de "legalidad" se ve reforzada, y en parte, reemplazada, por la idea de la "constitucionalidad". La tradicional concepción de la Constitución como norma meramente organizativa y, en cierto sentido, situada en un parámetro casi metajurídico desde el punto de vista material, se ve sustituida por una concepción de la Constitución entendida como norma directamente eficaz tanto en sus mandatos organizativos o institucionales, como en aquellos de naturaleza material y sustantiva. Valores y principios constitucionales, hay que insistir, que se proyectan sobre todo el ordenamiento, en buena medida por la acción de la justicia constitucional, que, a través de sus distintas competencias, viene a revisar y a dar una nueva lectura de todo el ordenamiento jurídico. Incidir más en esta cuestión, magníficamente expuesta hace algunos años por García de Enterría⁶, nos llevaría muy lejos, y manifiestamente más allá del objetivo de esta intervención; baste, pues, aquí con constatar esta nueva concepción "constitucional" del ordenamiento jurídico, tributaria de la actuación de la justicia constitucional y que sólo tiene sentido gracias a esa actuación.

6. Véase su trabajo *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Civitas, Madrid 1981.

1.5. No hay un modelo único de justicia constitucional, pero tiende a que el sistema se cierre con un órgano especializado.

Como ya se ha adelantado, en la actualidad la justicia constitucional, por lo que respecta a su organización, no puede reducirse a los dos modelos tradicionales de la justicia constitucional concentrada y de la justicia constitucional difusa. En todo el mundo, y muy singularmente en América Latina, han aparecido sistemas tributarios de ambos modelos teóricos, que mezclan elementos de ambos, y que los mezclan de muy distinta forma. Centrándonos solamente en lo relativo a la posición institucional del órgano encargado de la justicia constitucional, bien en exclusiva bien como cierre de un sistema difuso, y simplificando, en América Latina pueden identificarse tres sistemas organizativos de la justicia constitucional.

1.5.1. Varios países existe un tribunal constitucional que ostenta, en monopolio o no, la justicia constitucional, pero que se sitúa fuera del poder judicial, como órgano no sólo especializado sino también especial. Es el caso de Bolivia, Chile, Colombia, Ecuador, Guatemala y Perú.

1.5.2. Varios países, se mantiene también el principio de que el órgano encargado de la justicia constitucional sea un órgano especializado, pero éste se inserta en el seno del propio poder judicial. Así sucede, además de en El Salvador, en Costa Rica, Nicaragua, Paraguay o Venezuela, grupo al que acaba de incorporarse Honduras.

1.5.3. Un tercer grupo es el de los países en los que la justicia constitucional se "confunde" funcional e institucionalmente con la justicia ordinaria; tal es el caso de Argentina, Brasil, Honduras (hasta su reciente reforma), México, Panamá, República Dominicana o Uruguay.

Dos observaciones adicionales cabe hacer en este apartado. Por un lado, en muchos países el hecho de que exista un órgano jurisdiccional especializado no significa que otros órganos, y en especial la corte o tribunal supremo, no tengan competencias también en materia de justicia constitucional, en especial, la declaración de inconstitucionalidad de leyes con efectos generales (Nicaragua o Paraguay, por ejemplo). La segunda observación que hay que realizar, y que es la que más me importa destacar ahora, es que, incluso en este último grupo de países en que no hay órganos de justicia constitucional formalmente especializados, existe una tendencia a que los órganos supremos del poder judicial se especialicen como órganos de justicia constitucional; ello resulta claro, como ya se apuntara, en el caso de México, pero también en otros en los que, aún sin existir órganos especializados, se atribuye a la Corte Suprema en pleno en exclusiva competencias en materia constitucional.

La conclusión que cabe extraer de lo expuesto en este punto es que, sea cual sea el modelo de justicia constitucional que se adopta, existe la tendencia a que ese sistema esté cerrado por un órgano especializado, de una forma u otra, en materia constitucional, lo cual resulta relevante de cara a obtener una cierta unidad en la labor de interpretación de la constitución; sobre esta cuestión se volverá más adelante.

Desde el punto de vista político-organizativo, también puede concluirse que la opción por un modelo u otro no tiene excesivas consecuencias prácticas precisamente por ese grado de concentración al que se tiende. Por tanto, la discusión que se abre periódicamente en algunos países sobre la conveniencia de reconvertir un tribunal constitucional en una sala constitucional, como ocurre a veces en Ecuador, es una discusión que tiene mucho de artificial y, a veces, de pantalla de humo para cubrir problemas que poco tienen que ver con la configuración orgánica de la justicia constitucional; ésta depende más que de grandes principios de decisiones más o menos coyunturales dependientes de cada país y ordenamiento. Lo relevante no es tanto cómo esté organizada sino que sea eficaz e independiente, y la eficacia y la independencia pueden alcanzarse desde cualquier modelo.

1.6. Aunque existan diferencias, hay un núcleo de competencias que definen la justicia constitucional.

Volviendo ahora al terreno de la definición material de la justicia constitucional, como ya se ha indicado, existen múltiples variaciones entre unos modelos y otros de justicia constitucional por lo que se refiere a sus competencias. No obstante esas variaciones, existen algunos elementos que permiten determinar un núcleo común de competencias para identificar la función de la justicia constitucional. Esa definición, a su vez, es de una gran utilidad dogmática ya que a partir de ella es posible abordar, por una parte, un análisis de teoría general de la justicia constitucional y, por otra, estudios de derecho comparado en ese mismo campo.

El núcleo común de atribuciones de la justicia constitucional viene definido por dos tipos de competencias:

Este es, como es sabido, el elemento central que permite históricamente identificar la justicia constitucional como mecanismo de aplicación y de defensa de la Constitución, y sigue siendo de gran importancia para ese fin.

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]nsa que se lleva a cabo

a través de distintos mecanismos procesales que, genéricamente, pueden definirse como el “amparo”, concepto en el que deben incluirse todas las acciones de protección específica de derechos fundamentales, sea cual sea la denominación que reciban en cada ordenamiento: los recursos y juicios de amparo o tutela, el ~~by~~ el ~~de~~ son las acciones más comunes. Conviene destacar en este punto que es el “amparo”, así concebido, un elemento que, si no resulta privativo del constitucionalismo latinoamericano, sí es en él en el que posee un desarrollo histórico y actual más rico.

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED] de aquellos procesos

conflictuales en los que el tribunal constitucional actúa como árbitro bien en los conflictos entre poderes del Estado, bien en los conflictos entre entes territoriales, bien en ambos. Como es obvio, este segundo tipo de conflictos, los de reparto territorial de competencias son característicos de los sistemas federales, pero no se dan exclusivamente en ellos, como ponen de manifiesto los ejemplos de Nicaragua o Paraguay.

2. La jurisdicción constitucional alcanza, en todo caso, a jueces y tribunales ordinarios, aunque los mecanismos técnicos de articulación varíen.

A partir de la configuración que hemos venido haciendo, la siguiente idea en la que quisiera detenerme es la de que la jurisdicción constitucional, incluso allá donde existen órganos específicos de justicia constitucional, alcanza a todos los jueces y tribunales. En efecto, si históricamente a veces querían presentarse los modelos de justicia constitucional concentrado y difuso como modelos que suponían, en el primer caso, el monopolio de aplicación de la constitución por el tribunal constitucional, y en el segundo una equiparación funcional de todos los jueces y tribunales en dicha tarea, esa diferencia, suponiendo que alguna vez haya realmente sido así, hoy ya es inexistente. En efecto, también en aquellos sistemas de justicia constitucional en los que existe un órgano ~~de~~ de justicia constitucional, éste actúa como cierre del sistema o, como mucho, como titular en exclusiva de alguna competencia. Pero la idea de que la constitución debe aplicarse

en todo tipo de relaciones jurídicas y, por tanto, en todo tipo de juicio, es una idea que se ha ido haciendo realidad y que convierte, al menos potencialmente, a cualquier órgano jurisdiccional en juez constitucional. Y no puede ser de otra manera en la medida en que, como se ha visto, ha ido tomando cuerpo una concepción normativa de la constitución, que no sólo limita al legislador, sino que actúa como cabeza misma del ordenamiento; éste es un sistema de normas que encuentra su cúspide y las reglas formales y materiales que lo estructuran en la constitución; ésta es tanto ~~no~~ como *lex legis*.

Y en este punto es, muy probablemente, donde el constitucionalismo latinoamericano alcanza su originalidad mayor puesto que son mayoría los ordenamientos en los que, como el salvadoreño, convive el control concentrado de constitucionalidad de las leyes, de efectos generales, con el control difuso que puede ejercitar cualquier juez o tribunal para el caso concreto. Esta convivencia de técnicas plantea, sin duda, una serie de cuestiones técnicas que harían excesivamente larga y prolija esta exposición y que, por tanto, prefiero dejar a un lado. Pero, en todo caso, sí creo que hay que destacar, reiterando lo ya dicho, que se trata de una característica muy singular del constitucionalismo latinoamericano y, por otro lado, que más allá de cuestiones técnicas viene a ser una manifestación de esa cultura de la Constitución como norma jurídica que se proyecta sobre todo tipo de relaciones jurídicas.

Cuestión distinta es que, siendo la constitución una norma de directa aplicación por cualquier juez o tribunal, la actuación de éstos deba ordenarse desde el punto de vista procesal de forma adecuada, en especial allá donde existe un tribunal constitucional especializado. Y esa articulación no sólo plantea problemas técnicos sino, incluso, con cierta frecuencia, problemas políticos.

2.1. La "convivencia" entre jurisdicción ordinaria y jurisdicción constitucional debe resolverse en una cierta supremacía lógico- funcional de la segunda.

En efecto, los sistemas de articulación de los distintos órganos jurisdiccionales en la tarea de aplicación de la Constitución varían mucho de unos ordenamientos a otros, sobre todo, hay que insistir, allí donde existe un órgano especializado de justicia constitucional, un tribunal constitucional. En todo caso, esa variedad de soluciones técnicas tiende, también, a poner de manifiesto la necesidad de que el sistema venga presidido por una finalidad intrínseca al estado de derecho: garantizar la unidad interpretativa de la Constitución ya que siendo ésta una, y siendo el ordenamiento uno, no cabe que existan mecanismos dispares de

interpretación constitucional independientes. Allá donde no hay órganos de justicia constitucional especializados, esa unidad interpretativa viene garantizada por la propia estructura del poder judicial y por la existencia, como es lógico, de un tribunal o corte suprema. Sin embargo, allá donde sí existe un tribunal constitucional especializado, el riesgo de dualidad interpretativa existe. Y la solución procesal que se dé para evitarlo, por razones lógicas, debe partir de la supremacía funcional del órgano de justicia constitucional. Dicho de otra forma, si se ha creado un órgano especializado de justicia constitucional es precisamente porque se supone que a él le corresponderá fijar la última palabra en materia de interpretación constitucional⁷. Las técnicas a través de las cuales pueden buscarse ese efecto unificador de la interpretación constitucional son diversas. Cabe destacar dos. Por una parte, que el ordenamiento otorgue efectos especiales (erga omnes) a las decisiones del tribunal constitucional. La segunda es la de articular, de una manera u otra, y con mayor o menor amplitud, la posibilidad de que el tribunal constitucional “revise” las decisiones de los jueces y tribunales ordinarios. Sin menospreciar la utilidad de la primera, es la segunda técnica, la de la “revisión”, la que mejor garantiza esa unidad interpretativa y la que mejor permite que los valores y principios constitucionales, y sobre todo los derechos fundamentales, impregnen la acción de todos los órganos judiciales. Como contrapartida, la posibilidad de revisión puede suscitar problemas técnicos y políticos, en especial, entre los órganos especializados de la justicia constitucional y los de la jurisdicción ordinaria. No obstante, una meditada articulación entre ambos puede ayudar a evitar esos problemas o a superarlos.

3. La existencia de la justicia electoral y la justicia constitucional.

Como es sabido, un elemento jurídico típicamente latinoamericano que ha ido extendiéndose, con éxito, por muchos países es la creación de lo que se ha dado en llamar la “justicia electoral”, reciba ésta el nombre que sea (a veces, incluso, el de “poder electoral”), justicia que se organiza de forma autónoma y ajena al poder judicial. En algunos países esa separación no excluye la posibilidad de revisión de sus decisiones, al menos de las más importantes, por parte de la justicia constitucional. En otros, en cambio, la separación entre justicia electoral y poder judicial e, incluso, justicia constitucional, se ha llevado hasta el extremo de excluir cualquier posible control de las decisiones de aquélla por los tribunales

7. Sobre esta cuestión puede verse más en extenso, y referido sobre todo al caso de España, P. Pérez Tremps, Tribunal Constitucional y Poder Judicial, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid 1985.

ordinarios y/o constitucionales.

Aún entendiendo la lógica que puede existir detrás de esta decisión, no cabe duda que esa exclusión, cuando es radical, abre una puerta a la “huida constitucional”, esto es, a una actuación que no se ajuste estrictamente a los parámetros constitucionales o que esos parámetros se definan de forma distinta a como lo hace la jurisdicción constitucional. Por ello, parece más conveniente que, aunque sea excepcionalmente, la justicia electoral pueda ver revisadas sus decisiones por la justicia constitucional, asegurando así la unidad en la aplicación de la constitución.

4. Los “riesgos” que comporta la justicia constitucional.

Una jurisdicción constitucional como la actual, y definida en los términos en que se ha hecho, comporta, sin duda, riesgos para el correcto funcionamiento del sistema jurídico-político. Brevemente hay que apuntarlos, por más que se trate de cuestiones que son de sobra conocidas y que pueden presentar, y de hecho presentan perfiles propios en distintos ordenamientos.

a) En primer lugar, una justicia constitucional, por definición, comporta un riesgo de politización dada la trascendencia y la naturaleza de los asuntos que a menudo resuelve, por más que esa resolución deba someterse siempre a cánones jurídicos.

b) En segundo lugar, y en estrecha conexión con lo anterior, la existencia de la justicia constitucional lleva aparejado un cierto peligro de que ésta invada los ámbitos de actuación de los tradicionales poderes del Estado, tanto del ejecutivo, como del legislativo, o del judicial.

c) En tercer lugar, y situándonos en otro orden de cosas, la existencia de la justicia constitucional especializada tiene también el riesgo de una sobrecarga de trabajo de ésta. Ello es lógico si se atiende a la posición central que la Constitución ocupa en el ordenamiento, y a la que ya se ha hecho referencia, y la práctica de la mayor parte de los países así lo pone de manifiesto.

Enumerados los riesgos más importantes, los últimos apartados de esta exposición van a centrarse en intentar apuntar los instrumentos para evitar que esos riesgos se conviertan en realidad o, al menos, para reducirlos en la mayor medida posible.

4.1. La importancia de la voluntad política en la configuración

de la justicia constitucional: consenso mejor que cuotas.

Lo primero que enseña la experiencia comparada es que el éxito de la justicia constitucional depende mucho de que exista una auténtica voluntad política de configurar adecuadamente una justicia constitucional. Y, pese a lo que pueda creerse, a la larga, el sistema prefiere una justicia constitucional robusta, desde el punto de vista de su legitimidad, que débil: una simple ojeada a lo sucedido en los últimos años con el Tribunal Constitucional Peruano, y a lo que ya hemos hecho referencia, creo que exime de cualquier consideración adicional.

En efecto, la función jurisdiccional exige siempre fortaleza: un país con un buen sistema jurisdiccional es un país seguro jurídica y políticamente, con todo lo que ello significa. Por eso, construir un poder judicial, en general, y una jurisdicción constitucional, en concreto, con amplia legitimidad detrás, aunque pueda comportar para el resto de los poderes del estado un riego de decisiones puntuales no favorables, acaba resultando una “inversión” política en la estabilidad del sistema difícilmente mejorable. Para hacer realidad esa amplia legitimidad resulta mejor un sistema de designación de jueces constitucionales que busque el mayor consenso posible que un puro sistema de “cuotas” entre los distintos sectores políticos, que en cierta medida viene sólo a reproducir la relación de fuerzas de éstas en una función que debe responder a otra lógica de legitimidad. Ciertamente, los jueces constitucionales no son ni pueden ser seres políticamente asépticos; por el contrario, tienen que ser capaces de reflejar las diversas sensibilidades de la sociedad en la que se enmarcan porque sólo así su labor de interpretación constitucional será realmente útil y eficaz. Pero una cosa es el juez ideologizado y otra el juez sometido a la disciplina de tal o cual partido; el primero puede y debe seguir siendo independiente; el segundo no. Es verdad que la barrera entre un juez y otro no siempre es fácil de trazar, pero el prestigio, la formación jurídica y la calidad intelectual y humana suelen ser más patrimonio del primero que del segundo.

4.2. Importancia del “autocontrol” o self restraint y de que la justicia constitucional responda al principio de “justicia rogada”.

Como es sabido, en todo el juego de poderes del estado democrático, y en especial en lo que atañe a los órganos que están en la cima de dichos poderes, la regla del “autocontrol” resulta necesaria, por muy bien que estén definidas las atribuciones de cada uno de ellos y por muy bien que se configuren constitucionalmente los pesos y contrapesos, los  Cuando se trata de analizar la función de los

órganos jurisdiccionales en general, y de los tribunales constitucionales en particular, la regla del autocontrol resulta aún, si cabe, más imperiosa, ya que difícilmente pueden tasarse los poderes jurisdiccionales en un estado que pretende regirse precisamente por el Derecho. Sobre esta cuestión mucho se ha dicho y se ha escrito y poco sentido tiene extenderse aquí. Baste, pues, como recordatorio que un adecuado funcionamiento de la justicia constitucional exige autocontrol de quienes la encarnan, ya que su función no es impedir que el resto de los poderes actúen sino más bien permitir y ayudar a que lo hagan, aunque delimitando las reglas mínimas a las que deben sujetarse a partir de las correspondientes previsiones constitucionales. Y ese autocontrol puede verse favorecido por algunos mecanismos jurídicos además de por el buen hacer de las personas que encarnan una institución.

En este orden de cosas, por ejemplo, parece conveniente que, como "contrapeso" institucional, la justicia constitucional responda al principio de "justicia rogada", es decir, que deba actuar siempre a instancia de parte y nunca (o sólo muy limitada y excepcionalmente) de oficio. Esta es una regla que ayuda a atemperar los riesgos de una desmedida actuación de la justicia constitucional ya que su funcionamiento de oficio aumenta el potencial expansivo de ésta. Ahora bien, como es lógico, este principio debe ir, a su vez, acompañado de un correcto diseño de la legitimación para el inicio de los procesos constitucionales porque, si no fuera así, podría anularse la eficacia misma de la institución.

Otro elemento central que invita o conduce al autocontrol radica en la buena técnica jurisprudencial. En efecto, la necesidad de motivar adecuadamente las decisiones judiciales, no sólo es una garantía para el justiciable, sino para el mismo sistema. El tribunal, Corte o Sala constitucional que mantiene unos criterios claros y transparentes en su jurisprudencia con ello no sólo gana credibilidad sino que también está sentando las bases para una actuación coherente y, por tanto, no arbitraria porque la institución no podrá decir hoy blanco y mañana negro si no es con un alto costo de credibilidad. Es verdad que cualquier órgano judicial y también los de justicia constitucional deben a veces matizar e incluso cambiar sus criterios; ello está en la esencia misma de su función, pero será de nuevo la correcta motivación la que deberá explicar la rectitud intelectual de ese cambio alejando cualquier duda de arbitrariedad.

4.3. Importancia de un diseño técnico adecuado de la justicia constitucional.

El siguiente orden de reflexiones que quisiera hacer es el relativo

al diseño técnico de la justicia constitucional. Éste debe resultar adecuado para evitar incurrir en los riesgos previamente señalados. Es verdad que no existen recetas "mágicas", que no hay reglas, y que cada país, cada cultura jurídica, atendiendo a sus propias características históricas, económicas, demográficas, etc..., debe buscar la consecución óptima de ese diseño técnico. No obstante, de la experiencia comparada, pueden deducirse algunas ideas a tener presentes.

En primer lugar, la rapidez en la aplicación de la justicia constitucional, unida a la necesaria prudencia ya señalada, es una fuente de legitimidad para la propia justicia constitucional y, por tanto, para todo el sistema institucional. Para ello, hay que diseñar procedimiento ágiles que excluyan recursos meramente dilatorios, y que permitan, entre otras cosas, inadmisiones in limine de asuntos cuya inviabilidad resulte *in* evidente, sea por motivos procesales o, también, de fondo ⁸.

Una segunda idea a tener presente, es que la existencia de la justicia constitucional debe articularse correctamente desde el punto de vista procesal con el resto de las funciones jurisdiccionales ya que, en otro caso, dada la posición de la constitución como regla básica del ordenamiento, todo conflicto jurídico puede convertirse procesalmente en un conflicto constitucional, con lo que ello supondría. Por es necesario que la tutela de los derechos y situaciones jurídicas legales funcione adecuadamente y, muy en especial, la de los derechos y las situaciones jurídicas que vinculan al ciudadano con la administración. Una buena definición de la jurisdicción contencioso-administrativa y de los mecanismos de control ordinario de los poderes públicos, por tanto, no sólo resulta necesaria para el buen funcionamiento del estado de derecho sino que, además, son condición previa para un buen funcionamiento de la justicia constitucional que, en otro caso, acaba convirtiéndose más en una jurisdicción contencioso-administrativa que en una jurisdicción constitucional, tal y como enseña la experiencia de varios países.

5. Una justicia constitucional digna.

La siguiente reflexión que quisiera hacer se refiere no ya a la "calidad" técnica de la justicia constitucional, sino a su "cualidad". Y es que una correcta actuación de la jurisdicción constitucional exige la dignificación de la función y del órgano que la lleva a cabo. Como es obvio, esa dignificación se consigue por muy diversas vías; a la primera ya se ha hecho referencia: designando para encarnarla a personas preparadas técnicamente y con la mayor legitimidad posible por parte del resto de los poderes públicos. Pero, además, la dignificación exige la adecuada dotación de medios personales y materiales y el reconocimiento institucional de la

8. Véase sobre esta cuestión P. Pérez Tremps, "La admisión en los procesos constitucionales. Consideraciones de Derecho Comparado", en la obra colectiva Estudios de Derecho Público. Homenaje a Juan José Ruiz-Rico, Tecnos, Madrid, 1997, vol. II pp. 1381-1393.

importancia que un tribunal constitucional tiene. En definitiva, se trata de generar una cultura jurídica y política de la justicia constitucional como elemento central de la cultura constitucional.

6. Una justicia constitucional abierta.

La última reflexión que quisiera hacer es la que se refiere a la necesidad de “abrir” la justicia constitucional, y de abrirla en varios sentidos. Acabo de señalar la importancia que tiene la construcción de una cultura de la justicia constitucional como elemento central de la cultura jurídica. Y a ello puede contribuir mucho el estudio comparado⁹. En efecto, tenemos la inmensa fortuna de pertenecer a una comunidad de estados que compartimos una lengua y que poseemos culturas jurídicas muy similares. Ello nos da un potencial para formarnos, para detectar errores y soluciones en las experiencias ajenas que hacen del método comparado mucho más que una conveniencia una necesidad. A nuestras instituciones, pues, hemos de pedirles ayuda para poder hacer realidad ese estudio comparado que permite reflexiones conjuntas e intercambio de experiencias y de ciencias.

Pero la apertura de la justicia constitucional no sólo debe realizarse desde esta perspectiva estrictamente comparada. Otra línea de apertura, en especial por lo que se refiere a la tarea de la defensa de los derechos fundamentales, se encuentra en el proceso de internacionalización de los derechos humanos. Este es un tema abundantemente tratado en la doctrina de las últimas décadas, aunque no se encuentre aún cerrado. Tampoco voy a analizar y ni tan siquiera a enumerar las múltiples cuestiones que suscita la convivencia entre la jurisdicción constitucional y las jurisdicciones internacionales, en especial, y por lo que respecta a América Latina, la existencia del sistema interamericano encabezado por la Corte Interamericana¹⁰. El papel de impulso y de guía que dicha Corte está representando para el constitucionalismo en América Latina es algo evidente y digno no sólo de destacar, sino de analizar e incluso potenciar. En ocasiones, esa convivencia entre Tribunales Constitucionales y Corte Interamericana se ha visto como una fuente de conflictos reales o potenciales; pero, aunque algo de eso haya, el balance de esa convivencia creo que es sumamente positivo. La implantación de una cultura jurisprudencial de los derechos humanos debe mucho a la Corte Interamericana que no sólo aporta categorías jurídicas e interpretativas sino que incluso, en ocasiones, abre vías para hacer efectiva la protección

9. Una visión comparada de la justicia constitucional en los países de habla española y portuguesa pretende ofrecerse en *Justicia Constitucional en Iberoamérica*.

10. Véase, por ejemplo, C. Ayala Corao, *Del amparo constitucional al amparo interamericano como institutos de protección de los Derechos Humanos*, Caracas 1998.

de derechos que desde el ordenamiento interno sería muy difícil si no imposible transitar; piénsese, por dar sólo un ejemplo, en la importancia que han tenido varias decisiones relativas a los efectos de legislación nacional de amnistía.

Pero, además, tampoco debe olvidarse que el trabajo de la Corte Interamericana no es un trabajo que se levante sobre la nada; sus decisiones siempre recaen sobre problemas que primero han nacido en un ordenamiento concreto y que casi siempre han recibido respuesta en dicho ordenamiento; ello hace que la relación entre jurisdicción interamericana y jurisdicción nacional (lo que equivale casi a decir en este campo jurisdicción constitucional) es una relación recíproca, de ida y vuelta, en la que no sólo los conflictos sino también las categorías para resolverlos pasan de un plano al otro enriqueciendo a ambos ¹¹.

Existe un tercer campo, aún, en el que parece claro que la justicia constitucional deberá abrirse. Como es sabido, y al igual que en otras partes del mundo, también en el continente americano se han abierto procesos de integración supranacional, como muestran realidades como el MERCOSUR, la Comunidad Andina o el Sistema de Integración centroamericano. Ciertamente, esos procesos resultan aún tímidos desde el punto de vista jurídico, pero ya han dado algunos pasos, pasos que hay que presumir que la historia no sólo no detendrá sino que acelerará. Muy complejas son las cuestiones jurídicas que los procesos de integración plantean en relación con los ordenamientos estatales tributarios de la vieja idea de soberanía, hoy si no cuestionada sí al menos relativizada. La justicia constitucional, si nos fijamos en lo sucedido allá donde los procesos de integración han avanzado más, ha de tener un papel muy importante, consistente, por un lado, en asegurar que esa integración resulta respetuosa con la democracia y con la libertad, y, por otro, en ir asumiendo las nuevas categorías jurídicas que la integración genera para proyectarlas sobre los ordenamientos nacionales. Conceptos como igualdad, unidad de mercado, libre circulación, libertad de residencia... por citar sólo algunos habrán de reformularse.

Hasta aquí la exposición de algunas ideas para el debate. Queda mucho por decir, pero espero que estas palabras sirvan, al menos, para animar la discusión. Pero antes de acabar, quisiera concluir con unas palabras de felicitación. Provengo de una arraigada cultura castellana y quienes conozcan bien mi país sabrán que eso significa que en esa cultura no hay mucho espacio para la adulación. En esa misma lógica, y como recordaba el otro día a mis alumnos salvadoreños de doctorado, me educaron en la idea de que no debe opinarse de asuntos ajenos en casa

11. Véase al respecto, por ejemplo, P. Pérez Tremps, "Las garantías constitucionales y la jurisdicción internacional en la protección de los derechos fundamentales", Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Extremadura 10, 1992, pp. 73-86.

ajena. Por todo ello, quiero que consideren mis siguientes palabras como una muestra de amistad, pero como una muestra de amistad sincera e intelectualmente honesta. Como visitante no soy yo quien deba juzgar el acierto o no de las decisiones que su justicia constitucional adopta; seguramente, como en todos sitios, habrá decisiones acertadas y otras que quizá lo sean menos. Pero como docente y como académico sí quiero dejar constancia de que la Sala Constitucional de su Corte Suprema es un ejemplo de trabajo y modernización jurídica. Lo que en ella se ha hecho en estos años, el magnífico nivel de sus asesores, con los que sí he tenido la satisfacción de trabajar y espero seguir trabajando, son ejemplo para otros órganos de justicia constitucional y estoy seguro que seguirá siéndolo, y por ello felicito no sólo a Magistrados y asesores, sino a todos Ustedes que cuentan en la Sala Constitucional con una institución ejemplar; ahora sí, permítanme un consejo: cuídenla.

BIBLIOGRAFIA

Ayala Corao, C. del Amparo Constitucional al amparo interamericano como institutos de protección a los derechos humanos, Caracas, 1998

Cossío Díaz, José Ramón. La Justicia Constitucional de México, en anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, España, 1997..

Eguiguren Praeli, F. Los Tribunales Constitucionales en Latinoamérica: Una visión comparativa, CIEDLA, Buenos Aires 2000.

García de Enterría G. La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional, Civitas, Madrid, España, 1981.

- Pérez Tremps, P. Tribunal Constitucional y Poder Judicial, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, España, 1985.

- Pérez Tremps, P. La Admisión en los Procesos Constitucionales, Consideraciones de derecho comparado, obra colectiva de Derecho Público. Homenaje a Juan José Ruiz Rico, Tecnos, Madrid, España, 1997.

- Pérez Tremps, P. Las Garantías Constitucionales y La Jurisdicción internacional en la protección de los derechos fundamentales, 1992.

V. Farreres, Justicia Constitucional y Democracia, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, España, 1997.

2. UNA INTRODUCCION AL ART. 3 DE LA CONSTITUCION: ASPECTOS GENERALES SOBRE EL DERECHO A LA IGUALDAD.



...sintetizando, se trata de un principio de igualdad...

...que se refiere a la igualdad de trato...

...y no a la igualdad de resultados...

...de acuerdo con el artículo 3 de la Constitución...

...que establece el principio de igualdad...

...de acuerdo con el artículo 3 de la Constitución...

...que establece el principio de igualdad...

...de acuerdo con el artículo 3 de la Constitución...

...que establece el principio de igualdad...

...de acuerdo con el artículo 3 de la Constitución...

...que establece el principio de igualdad...

...de acuerdo con el artículo 3 de la Constitución...

...que establece el principio de igualdad...



SUMARIO

1. INTRODUCCION. 2. LAS FACETAS DE LA IGUALDAD. 2.1. Igualdad de trato como equiparación. 2.2. Igualdad como diferenciación. 3. PAUTAS PARA ACERCARNOS A UNA IGUALDAD CONSTITUCIONALMENTE GARANTIZADA. 4.- LAS TRASFORMACIONES DEL CONCEPTO DE IGUALDAD. 5. LOS NUEVOS HORIZONTES DE LA IGUALDAD. 6. ACCIONES AFIRMATIVAS O POSITIVAS. 7. DISCRIMINACION INVERSA.

1. - INTRODUCCION.

La igualdad adquiere descripción normativa en el artículo 3 de la Constitución estableciendo un principio general según el cual: “todas las personas son iguales ante la ley”.

Pero también la Constitución efectúa en el resto de su normatividad algunas concreciones frente aspectos relativos a la igualdad, tales como el 32 inc. 2 Cn., referente a la igualdad jurídica de los cónyuges; el Art. 36 Cn. sobre la igualdad de los hijos frente a sus padres independientemente de su origen dentro o fuera del matrimonio; el Art. 38 Cn ordinal 1 Cn, respecto al principio de igual remuneración frente igualdad de trabajo, e inclusive el artículo 58 Cn. que establece un principio de no discriminación

en el acceso a la educación por parte de los establecimientos educativos.

La norma constitucional además establece criterios o categorías específicos por los cuales no pueden establecerse diferenciaciones en la ley o en su aplicación. De ello se colige que esta implícito en la idea de igualdad, la necesidad de determinar qué ha de considerarse como igual. Se necesita entonces una pauta de evaluación del criterio con el cual se forman distintas categorías o se individualizan situaciones o personas que serán consideradas como iguales. De ahí que se destaque el carácter referencial del derecho a la igualdad, en el sentido de que aquél que lo invoque es obligado a hacer una comparación frente aquello que apriorísticamente el legislador, el Juez o la Administración considera igual o desigual, en su contra.

Su efectiva vigencia y su mayor problematicidad radicará en definitiva en el criterio o pauta que se utilice para determinar las categorías a las que se aplicará la igualdad.. De ahí que para hablar sobre "igualdad en la ley" debamos comenzar teniendo en cuenta dos aspectos: 1) la igualdad que la da la ley, y 2) el cómo se ha aplicado en la ley para la determinación de las categorías.

Tomemos entonces para acercarnos al primer aspecto, la Constitución y su artículo 3 que expresa que "todas las personas son iguales ante la ley", frase desprovista de un significado preciso, como la generalidad de las normas constitucionales, y que nosotros cuando estudiamos en las escuelas de Derecho, generalmente nos lo explicaron bajo el aforismo

La Ley potenciará el desarrollo de la igualdad a través de esta idea, pero el problema surge generalmente a la hora de determinar lo que se entiende que merece un tratamiento igual, frente a lo que consideramos desigual, y por tanto, objeto de un tratamiento distinto

Una primera regla que pudiera señalarse, sería partir de la idea de que no puede haber restricciones o diferenciaciones por los motivos enumerados en la Constitución, (es decir, "no podrán establecerse restricciones, discriminaciones o desigualdades que se basen en diferencias

12. Esta fórmula clásica sigue siendo utilizada por la Sala de lo Constitucional de El Salvador, en la mayoría de pronunciamientos en los cuales ha tocado como fondo de las cuestiones debatidas, la igualdad, como veremos infra. Sus orígenes se identifican generalmente con el pensamiento helénico: "Por ejemplo parece que la Justicia consiste en igualdad, y así es, pero no para todos, sino para los iguales; y la desigualdad parece ser justa, y lo es en efecto, y no para todos sino para los desiguales". Aristóteles, "La política", III, 9 (1280^a) y en "Ética a Nicómaco", Cap. V (1131^a). Tomado de Alexy, Robert; "Teoría de los derechos fundamentales", Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993., p. 385.

13. Con seguridad el ejemplo más patético de esta problemática constitucional sobre el ejercicio de este criterio material para efectuar diferenciaciones como mecanismo para mantener la igualdad (.Porque justamente para ello se hacen las diferenciaciones, no para generar desigualdades, sino para dar un tratamiento igualitario a categorías o situaciones distintas...), ha sido en relación con el reconocimiento de los derechos políticos de la mujer en El Salvador, ya que su conquista data de fechas aún recientes: el derecho al voto en 1950 y el derecho a ser elegible a cargos públicos hasta 1962. Esta marginación y discriminación política aún reciente hacia la mujer no es exclusiva de El Salvador. En Guatemala se concede el derecho al voto hasta 1945, en Costa Rica en 1949, en Honduras y Nicaragua hasta 1955. Casaus, María Elena; García Girández, Teresa: "Identidad y participación de la mujer en América Central", en: América Latina Hoy n° 9. Revista de Ciencias Sociales de la Universidad Autónoma de Madrid, Madrid, 1994., p.52.

de nacionalidad, raza, sexo o religión”)

Pero podemos colegir que:

1. ésta, es una enumeración puramente demostrativa y no excluye otros casos, como afirma la misma exposición de motivos de la Constitución del 50 y,

2. como bien sabemos existen diferentes tratamientos en la legislación nacional en materia de nacionales y extranjeros ¹⁴, e incluso simplemente por razones de sexo ¹⁵.

De ahí que esta aproximación resulte insuficiente, por lo que tendremos que recurrir a otros mecanismos para entender la idea de “igualdad ante la ley”.

2. - LAS FACETAS DE LA IGUALDAD.

La igualdad surge como una reivindicación fundamental de los revolucionarios liberales, hasta el punto que, llegó a quedar inscrita en el lema del Estado surgido de la Revolución Francesa. Se trataba, sin embargo, de una igualdad formal: es decir, una identidad de posición de los destinatarios de la norma, como una equiparación de situaciones frente a los efectos y alcances de la ley.

Se trataba sobre todo de igualar los efectos de la ley en relación con sus destinatarios, con independencia del contenido concreto de la norma. De esta suerte, igualdad ante la ley, tenía más que ver con los efectos de la ley, que con la igualdad de los ciudadanos, pues en realidad lo que se trataba era de garantizar el alcance general de la ley ¹⁶.

Por eso sostiene Alexy ¹⁷, que “igualdad ante la ley”, ha sido durante largo tiempo interpretada exclusivamente en el sentido de un mandato de igualdad en la aplicación del Derecho. Así pues, por definición, el mandato de igualdad en la aplicación del Derecho, puede vincular solo a los órganos que aplican el Derecho, pero no al legislador.

No obstante, este primario concepto de la igualdad, ha experimentado notables transformaciones que han implicado la superación de ese igualitarismo ante la ley, distinguiéndose a sus destinatarios según caracteres que implicaban tratar desigualmente a quienes eran desiguales. La igualdad no requerirá ya tratar a todos los individuos de una misma manera, sino a todos los iguales de una misma manera.

14. La misma Constitución se encarga a su vez de hacer algunas diferenciaciones: así los extranjeros están sujetos a un régimen especial (Art. 100 Cn.), al principio de reciprocidad para poder adquirir bienes rústicos (Art. 109 Cn), o bien diferenciados frente los nacionales, en materia del ejercicio del comercio, industria o prestación de servicios en pequeño (Art. 115)

15. Se me ocurría quizá la cuestión de la diferenciación por razones de sexo en materia de edades para el acceso a una pensión: la mujer (55 años) y el hombre (60 años), según el Art. 104 de la Ley del Sistema de Ahorro para pensiones; o bien otro ejemplo que puede encontrarse dentro de la realidad salvadoreña es el establecimiento de requisitos diferenciados en materia de estatura entre hombres (se les exige 1.60 mts) y mujeres (se les exige 1.55 mts) para su ingreso como aspirantes a agentes policiales en la Academia Nacional de Seguridad Pública (ANSP).

16. López Guerra, Luis; Espín, Eduardo; García Morillo, Joaquín; Pérez Tremps, Pablo; y Satrustegui, Miguel; “Derecho Constitucional”, volumen 1, tirant lo blanch, Valencia, 1991., p. 142.

17. Alexy, Robert; “Teoría de los derechos fundamentales”, ya citado., p. 382.

El concepto de igualdad entonces en su moderna proyección se ha habituado al tratamiento diferenciado, en tanto, se sostiene que éste es indispensable para conseguir un trato igualitario. O siguiendo a Norberto Bobbio, “El proceso de la justicia es un proceso de diversificación de lo diverso, o de unificación de lo idéntico”¹⁸.

Este desarrollo de la igualdad ha sido retomado ya por la Sala de lo Constitucional

[REDACTED]

[REDACTED]nconstitucionalidad 15-96 sobre la Ley de Emergencia).

Esta transformación del concepto de “Igualdad ante la ley”, implicará el establecimiento de diversas cualidades o facetas de la igualdad que -siguiendo al profesor Peces-Barba Martínez¹⁹-, se encuentran comprendidas dentro de dicho término, mereciendo ser destacadas y diferenciadas a continuación:

[REDACTED]

En cuanto a la jurisdicción en razón de este principio, las comisiones y tribunales que juzgaban a las personas en virtud de ciertas prerrogativas son abolidas en el Estado liberal de Derecho, razón por la cual, la Constitución prohíbe el fuero atractivo en su Art. 190²⁰.

De este principio también se deriva la prohibición de leyes especiales o singulares, ya que el ordenamiento jurídico no puede regular, sin

18. Bobbio, Norberto; “Igualdad y dignidad en los hombres”, en: “El tiempo de los derechos”, editorial sistema, Madrid, 1991., p. 47.

19. Peces-Barba Martínez, Gregorio; “Curso de Derechos fundamentales”, Teoría General, coedición de BOE y Universidad Carlos III de Madrid, Madrid, 1995., p. 284.

20. “Aún cuando subsiste el fuero militar”, como apuntan Bertrand Galindo, Francisco; Tinetti, José Albino; Kuri de Mendoza, Silvia Lizette; Orellana, María Elena; “Manual de Derecho constitucional”, Tomo II, Talleres Gráficos UCA, San Salvador, 1992., p. 804.

justificación adecuada, situaciones semejantes o iguales a través de normas especiales que vulneren la aplicación general de la ley ²¹.

Consecuencia directa de esta faceta de la igualdad será su configuración como límite frente la actuación de los órganos del Estado, en tanto la igualdad informa a todo el ordenamiento jurídico, debiendo tomarse en consideración por aquellos encargados de aplicarlo.

La regla de la igualdad como valor implica entonces no solo una protección frente al legislador (impidiendo que este pueda configurar discriminaciones en la norma), sino también frente a los operadores jurídicos que aplican la norma, por lo cual, tanto los órganos que ejercen una función administrativa, como una función jurisdiccional están obligados a la aplicación directa de la igualdad reconocida en la Constitución.

A este respecto ha dicho la Sala de lo Constitucional en el fallo

Vale la pena mencionar que en el caso que se ignorase el mandato constitucional de igualdad, las autoridades estatales incurrirían en responsabilidades civiles, administrativas e inclusive penales, en su caso²³.

21. Un fallo relacionado directamente con este aspecto será el conocido bajo la referencia 317-97/318-97/410-97/412/97 ac- de 26 de agosto de 1998, sobre la aplicación a Roberto Mathies Regalado y Ana Carolina Mathies del denominado Decreto 46, en el que puntualmente la Sala en materia de Igualdad destacó: "...debemos de tener presente, en primer lugar, lo prescrito en el artículo 3 de la misma, que reza en su parte inicial que "Todas las personas son iguales ante la ley; y, en segundo lugar, la interpretación que esta Sala ha dado del mismo: la igualdad ante la ley se refiere, esencialmente, a que frente a supuestos de hechos iguales, las consecuencias deben ser las mismas, evitando toda desigualdad arbitraria fuera del marco legal.

En perspectiva con lo anterior, se vislumbra que el tantas veces aludido decreto legislativo 46 choca frontalmente con la Constitución de la República, puesto que se pretende que, frente a supuestos de hechos iguales -responsabilidades de los accionistas de sociedades anónimas-, los jueces ante quien se sigan las llamadas "diligencias de congelamiento de fondos", emitan consecuencias distintas a las que se establecerían en otros casos mercantiles derivados del mismo supuesto de hecho.

Es decir, que se pretende -y de hecho se ha concretizado en los casos materia de estudio- que los accionistas de las sociedades intervenidas tengan una responsabilidad superior a la que en otros casos -bajo el mismo supuesto: infracciones generativas de responsabilidad- correspondería, y ello vulnera el artículo 3 de nuestra Constitución y, por tanto, hace amparables los presentes procesos acumulados.

Y es que resulta obvio que no obstante encontramos frente a una situación jurídica igual -calidad de accionista dentro de una sociedad de capital-, la consecuencia jurídica prevista por dicho decreto legislativo 46, en lo referente a las responsabilidades por obligaciones de las sociedades, es completa y objetivamente distinta, específicamente superior, por lo que haberse aplicado de esa manera por las autoridades demandadas es inconstitucional, por violar la igualdad ante la ley, debiendo de ampararse a los demandantes por estos motivos y por los señalados en los párrafos precedentes, y en ese sentido hay que pronunciarse en el fallo..."

22. Además de ser un derecho, se sostiene que la igualdad es un principio informador de los derechos fundamentales. La igualdad como criterio de desarrollo aparece también en forma implícita en todas aquellas disposiciones constitucionales en las cuales se usa la palabra "todos", "todo habitante", "todos los salvadoreños", "todos los ciudadanos", etc. Bertrand Galindo, Francisco; Tinetti, José Albino; Kuri de Mendoza, Silvia Lizette; Orellana, María Elena; "Manual de Derecho constitucional...", ya citado., p. 796.

23. Nuestro Código Penal vigente establece en su Art. 292: "El funcionario o empleado público, agente de autoridad o autoridad pública, que por razón de nacionalidad, raza, sexo, religión, o por cualquier otra condición de una persona, le denegare cualquiera de los derechos individuales reconocidos por la Constitución de la República, será sancionado con prisión de uno a tres años e inhabilitación especial del cargo o empleo por igual tiempo".

Se trata, sin embargo, como señala la doctrina de un **b** ya que es difícil concebirlo como un derecho autónomo, esto es así porque la específica naturaleza de la igualdad ante la ley exige que su transgresión se proyecte sobre un determinado campo material: no se violenta la igualdad en abstracto, sino en relación con algún objeto o bien constitucional específico.

De este carácter de la igualdad como derecho subjetivo se confirma su vez de que la igualdad es también una obligación constitucionalmente impuesta a los órganos del Estado, que consiste en tratar de igual forma a cuantos se encuentran en iguales situaciones de hecho. Especial concreción de esta regla es la justificación de la aplicación del precedente judicial. Es decir, el presupuesto según el cual un mismo órgano no puede modificar ~~el~~ el sentido de sus decisiones en casos sustancialmente iguales.

Respecto a la aplicación de la igualdad por los tribunales, se señala que sus resoluciones deben ser las mismas ante presupuestos de hecho idénticos. Desde esta faceta, la igualdad mantiene el carácter de derecho subjetivo, pero lo proyecta como obligación frente los poderes públicos. Pero debe tomarse en cuenta que el derecho de igualdad no podría operar nunca como impedimento del cumplimiento de principios que definen el ejercicio mismo de la función jurisdiccional, especialmente el de independencia judicial.

El Tribunal Constitucional Español ha sentado algunas bases para enfrentar los problemas que puedan suscitarse entre igualdad e independencia judicial, extrayendo algunas reglas generales en aquellos supuestos en que la actuación jurisdiccional puede ser constitutiva de una violación al principio de igualdad por inaplicación de precedentes establecidos:

- Debe existir una identidad de supuestos de hecho, para que sea aplicable el precedente. De lo contrario no habría posibilidad de vulnerar el derecho a la igualdad.
- Que al órgano jurisdiccional al que se le imputa la violación del derecho de igualdad ~~debe~~ no siendo admisible la equiparación si emana de órganos diferentes y,
- Aún cuando sea el mismo Tribunal no habrá vulneración si justifica su cambio jurisprudencial (Motivación) ²⁴.

24. Rubio Llorente, Francisco; "Derechos fundamentales y principios constitucionales", (Doctrina jurisprudencial), Ariel Derecho, Barcelona, 1995., p. 122-127.

Valga la necesaria aclaración que aquí nos estamos refiriendo al denominado ~~En~~ en el sentido de hacer referencia a la obligación que tiene todo órgano jurisdiccional de resolver del mismo modo los casos sustancialmente iguales. “En otras palabras se entenderá por precedente la autovinculación de cada juez o tribunal a sus propias decisiones. Es el llamado autoprecedente, y que se fundamenta más que en stare decisis, en el principio de razonabilidad como fundamento para evitar que la discrecionalidad se convierta en arbitrariedad” ²⁵.

En todo caso es preciso advertir que el término “precedente”, suele utilizarse para hacer alusión a la obligación existente en ciertos sistemas jurídicos de observar la doctrina establecida por los tribunales superiores. Se trata del llamado precedente vertical, propio de los sistemas de stare decisis, cuyo fundamento reposa en la exigencia de justicia uniforme –es decir, en el ideal del juez único que preside todo sistema jurisdiccional, que quiere garantizar la seguridad, la igualdad y la unidad del Ordenamiento– y que en el ámbito de la argumentación opera del mismo modo que las ~~le~~

Respecto a la aplicación del precedente vertical y por consiguiente la aplicación del principio stare decisis podemos referirnos a lo que nuestra jurisdicción constitucional ha mencionado con insistencia: “... ~~de~~

Arts. 149, 185 y 249 Cn.,

25. Gascón Abellán; Marina; “Igualdad y respecto al precedente”, ya citado., p. 217-218. Quizá un ejemplo de la más reciente jurisprudencia constitucional podría ser el cambio de criterio surgido en materia de amparo, respecto al alcance del derecho a la estabilidad laboral por parte de aquellos individuos vinculados con el Estado, por medio de relación contractual.

En un primer momento, la Sala de lo Constitucional que la estabilidad laboral podría extenderse más allá de la vigencia del contrato, dependiendo sustancialmente de la naturaleza del vínculo y del tipo de actividad realizada por el empleado público (Amparo 34-m-95 de 11/12/97). En la actualidad, la Sala ha expresado abiertamente un cambio de rumbo en la sentencia del proceso de amparo bajo número 85-98 de 6 de julio de 1999, aduciendo que el derecho a la estabilidad laboral para los empleados o funcionarios bajo régimen contractual sólo es operativo durante la vigencia del contrato. Considero particularmente que el problema que suscita dicho cambio, no es con relación a la facultad de modificar su propia jurisprudencial, sino a la motivación, ya que la Sala ha omitido cualquier justificación respecto a por qué se dicta dicho cambio, por qué ya no es funcional la anterior jurisprudencia, y finalmente por qué es más idónea esta nueva argumentación. En síntesis para la Sala de lo Constitucional, -según el fallo aludido- cambiar de criterio jurisprudencial, se justifica simplemente con mencionar que hay cambio, sin fundamentar o motivar dicho cambio.

26. Gascón Abellán, Marina; “Igualdad y respecto al precedente”, en: Derechos y Libertades # 2, Revista del Instituto Bartolomé de las Casas, Coedición Universidad Carlos III y BOE, Madrid, 1994., p.212.

[Redacted text block]

En este aspecto el desarrollo jurisprudencial por la Sala de lo Constitucional ha sido amplio, pero no bajo el artículo 3 de la Constitución, sino bajo el Art. 11 de la misma ²⁸, en donde se ha destacado que: "...b

[Redacted text block]

27. Este es el efecto nomotético de las Sentencias de la Sala de lo Constitucional, consecuencia ineludible –nos recuerda la Sala- del valor normativo de la Constitución y de la configuración de una jurisdicción constitucional (Habeas Corpus 7-Q-96 de 20/09/96).
28. La Sala de lo Constitucional siguiendo de cerca al Tribunal Constitucional Español señala que la igualdad de las partes en un proceso se integra no en el artículo 3 de la Constitución sino, en el artículo 11, así como en España el Tribunal constitucional ha integrado la igualdad no en el Art. 14 CE, sino en el 24 CE.
29. Amparo 3-H-93 de 29/05/95.

Especial énfasis se ha efectuado con relación al emplazamiento, en tanto ha sostenido la Sala que éste: "...

[Redacted text]

]" 30.

[Redacted text]

2.1. Igualdad de trato como equiparación.

Se expresa en el principio de no-discriminación, y afecta a aquellas condiciones de las personas que siendo distintas entre unas y otras, no se consideran relevantes -dichas condiciones- y no justifican por tanto, un trato desigual. Bajo este criterio no se puede tratar desigualmente a los desiguales.

Así, en los casos de diferencias por rasgos físicos, caracteres y cualidades de los seres humanos, la ley no puede establecer un trato discriminatorio por dichas cualidades. La pertenencia a una raza, a un sexo, a una religión, a una clase social no implica per se la posibilidad de ser diferenciados por el ordenamiento jurídico. De ahí que aquí la igualdad se manifieste, equiparando a las personas que se distinguen por esas condiciones y no diferenciando por las mismas razones. Es como anota Ferrajoli, "la indiferencia jurídica de la diferencia. Según esto, las diferencias no se valorizan, ni se desvalorizan, no se tutelan ni se reprimen, no se protegen ni se violan" 32.

30 Amparo 20-S.94 de 5/07/96

31 Bobbio nos hablará también de la insuficiencia de esta regla: "Decir que las relaciones humanas debe ser aplicado el principio de igualdad significa poco, sino se especifican al menos dos aspectos: 1. ¿Igualdad en qué?; 2. ¿Igualdad entre quienes?.

El principio de igualdad, en el que se sintetiza la idea de justicia formal, en el sentido tradicional de la palabra, dice pura y simplemente que deben ser tratados de igual modo aquellos que pertenezcan a la misma categoría. Pero, ¿con qué criterio deben ser establecidas las categorías? ¿Cuántas deben ser las categorías? ¿Cómo de grandes?. Es obvio que las respuestas a estas preguntas no se encuentran en el principio de igualdad, sino en los llamados criterios o principios de justicia, como: A cada quien según su mérito; A cada uno según su necesidad; A cada uno según su rango..." Bobbio, Norberto: "Igualdad y dignidad en los hombres", en: "El tiempo de los derechos...", ya citado., p. 45.

32. Ferrajoli, Luigi: "Derechos y garantías. La Ley del más débil", editorial Trotta, 1ª edición en Español, Madrid, 1999., p. 74

También la igualdad como equiparación implica el tratamiento dentro de una misma categoría a aquellos sujetos, ante los cuales no existe ninguna justificación razonable para un tratamiento diferenciado, tanto por la ley, como por los operadores jurídicos ³³.

2. 2. Igualdad como diferenciación.

La ley puede crear diversos estratos o categorías diferenciadores, basándose por ejemplo en la edad, el patrimonio, el nivel académico, y en donde habrá que estudiar en cada caso la aplicación del principio de razonabilidad –junto con otras variables que mencionaré más adelante– para considerar la relevancia o irrelevancia de las condiciones dentro del ordenamiento jurídico y su justificación frente el Art. 3 de la Constitución.

El problema será por supuesto, determinar cuando debe efectuarse razonablemente un tratamiento por diferenciación o por equiparación; lo que equivale a preguntarse: cuando debo de dar a través de la ley a los individuos un trato igual, por considerarlos dentro de una misma categoría, y cuando debo crear categorías distintas, para mantener la igualdad como trato diferenciador.

3. PAUTAS PARA ACERCARNOS A UNAS IGUALDAD CONSTITUCIONALMENTE GARANTIZADA.

La igualdad considerada en el Art. 3 de la Constitución es en principio la igualdad jurídica que no veta un tratamiento diferenciado, sino uno discriminatorio. “De ello se sigue que la igualdad constitucionalmente consagrada es la igualdad jurídica, igualdad ante la ley, que esa igualdad no se corresponde con la idea de igualdad real y que su alcance se

33. Véase el siguiente ejemplo a través de la interpretación esbozada en la sentencia 40-G-95 de veintitrés de diciembre de 1996 de la Sala de lo Contencioso Administrativo: “...En este sentido, debe tenerse en cuenta que nuestra Constitución consagra entre los derechos fundamentales, el derecho a la igualdad, determinando en el artículo 3 que “Todas las personas son iguales ante la ley...”

El denominado derecho a la igualdad, implica que todas las personas que se encuentren en las mismas circunstancias deben tener igual tratamiento, es decir, debe existir un trato uniforme ante situaciones similares.

Teniendo como base este imperativo constitucional, esta Sala estima que todos los estudiantes de Medicina, independientemente de la Universidad a que pertenezca su Escuela, -que detentando tal calidad se encuentran en situación similar- tienen por igual derecho a hacer sus prácticas, sin que exista razón justificativa por la cual, tal derecho se considere exclusivo de los estudiantes de Medicina de la Universidad de El Salvador, ya que una interpretación contraria implicaría un trato desigual que contravendría el relacionado derecho a la igualdad.

Recapitulando, si bien el comentado artículo 3 del Reglamento Para los Estudiantes de Medicina (Externos e Internos) establece que el practicante interno será estudiante matriculado en el internado rotatorio de estudios de la Facultad de Medicina de la Universidad de El Salvador, este Tribunal considera que tal disposición no puede interpretarse en el sentido que, tales plazas sólo deben ser ocupadas por estudiantes de la Universidad de El Salvador, en síntesis, por las siguientes razones:

1. El Reglamento en mención tiene como objetivo regular la situación de los estudiantes de Medicina que tuvieren la calidad de externos e internos en los Establecimientos de Salud del Estado;

2. A la fecha en que se dictó dicho Reglamento, únicamente tenían la calidad de estudiantes de esa carrera los alumnos de la Universidad de El Salvador, pues únicamente dicho Centro contaba con esa Facultad de Estudios;

3. Hoy día, existen diversos Centros Universitarios Privados que cuentan con Facultades de Medicina, y por ende estudiantes que requieren realizar tales prácticas;

4. De conformidad al principio de igualdad recogido por nuestra Constitución, el derecho a realizar prácticas de esta naturaleza en Centros de Salud del Estado, no puede ser exclusivo de un sector, por lo cual en la interpretación de la disposición en comentario -realizada de conformidad a la Carta Magna- se impone llegar a la conclusión que no puede existir exclusividad de los estudiantes de Medicina de la Universidad de El Salvador para ocupar las plazas de practicantes internos en los Centros de Salud Estatales. Se reitera que una interpretación contraria implicaría desconocer uno de los principios que inspiran a todo nuestro ordenamiento jurídico, cual es la igualdad....”.

circunscribe a que de iguales supuestos de hecho, deben derivarse idénticas consecuencias jurídicas, y que lo que la Constitución prohíbe, es la discriminación, no la diferenciación.”³⁴.

Esta última distinción será en efecto, el problema medular de la “igualdad ante la ley”, y el elemento fundamental a la hora de analizar los supuestos a la luz del Art. 3 de la Constitución, ya que el mismo posibilita tratamientos diversos ante situaciones distintas, siempre y cuando no se discrimine. La separación entre discriminación y diferenciación en algunos casos no resulta evidente, haciéndose necesario la utilización de diversas pautas para la interpretación de la norma que ha creado una diferenciación justificada, a efecto de evitar desigualdades sospechosas de crear discriminaciones³⁵.

Acerquémonos entonces a estas pautas interpretativas que suelen utilizarse en los exámenes de constitucionalidad de normas que presentan diferenciaciones mantenidas o incorporadas en los ordenamientos jurídicos:

a) ~~La~~

La igualdad no es una regla rígida, -no es un derecho absoluto- ya que permite la creación de categorías diferenciadoras a través de la norma jurídica. Es la búsqueda de la ~~base~~ la ley en cuanto a la diferenciación o equiparación efectuada por la norma³⁶.

Habrà lugar a que el legislador establezca discriminaciones legítimas. O como señala Ferrajoli, “no todas las desigualdades jurídicas son en efecto intolerables”³⁷. Se busca entonces a través de un análisis constitucional el establecer a través del ~~una~~ separación entre “clasificaciones razonables” o “clasificaciones sospechosas

34. López Guerra, Luis; y otros, “Derecho constitucional...”, ya citado., p. 146.

35. “Discriminación es, por tanto, una diferencia de tratamiento no justificada ni razonable y solo esa conducta esta constitucionalmente vetada; cabe, sin embargo, realizar diferenciaciones cuando tengan una base objetiva y razonable.” Idem.

“Desde el Derecho internacional se ha realizado un gran esfuerzo en materia de configurar el concepto de discriminación, -conciéndolo en palabras de Lucía Ruano- como una situación de marginación sistemática, histórica y profundamente arraigada, que incide negativamente sobre la situación social de determinados colectivos debida a causas relacionadas con opciones legítimas en todo ser humano, o al hecho de concurrir rasgos inseparables de la persona, sobre cuya permanencia ésta no tiene apenas posibilidad de elección, ni puede modificar a su voluntad. El sexo, raza u origen social son por eso rasgos típicos de discriminación”.

También se suele aludir para identificar un trato discriminatorio a que tiene como característica una naturaleza eminentemente colectiva en cuanto a sus efectos; se es objeto de discriminación por pertenecer a un colectivo determinado y por recibir por ello un tratamiento peyorativo. Ruano, Lucía; “Acciones positivas y discriminación positiva”, en: Actualidad Jurídica Aranzadi (Revista semanal) n° 227, editorial Aranzadi S.A, Madrid, 1995., p. 1-2.

36. “No basta que la ley mande o prohíba -nos dice el Dr. Mario Solano- es necesario que su mandato sea conforme a la razón. Es decir, que sea justo”. Solano Ramírez, Mario Antonio; “Estado y Constitución”, publicación de Corte Suprema de Justicia, San Salvador, 1998., p. 99.

37. A ello añade “Lo son solamente aquellas que obstaculizan la vida, las libertades, la supervivencia y el desarrollo de las demás personas; y la identificación del límite, cualitativo y cuantitativo, más allá del cual son por eso intolerables es una de las cuestiones más difíciles de la filosofía jurídica y política”. Ferrajoli, Luigi; “Derecho y razón. Teoría del garantismo penal”, Trotta editorial, segunda edición, Madrid, 1997., p. 906-907.

Señalamos como un ejemplo de una diferenciación tolerada aquella que se basa en el mérito y la idoneidad en materia de admisión en los cargos públicos, es decir, el derecho que tiene toda persona a ser admitida sin otra consideración que la idoneidad, aun cuando debe destacarse que es constitucionalmente admisible el establecimiento requisitos para el ejercicio idóneo de un cargo. El Art. 16 de la Constitución Argentina indica que los habitantes son iguales ante la ley “y admisibles en los empleos sin otra condición que la idoneidad”. Esta regla tan importante como poco practicada, enlaza dos ingredientes vitales para una democracia bien entendida: igualdad y mérito.

La regla constitucional es clara: no todos son iguales para acceder a los puestos públicos; debe preferirse a los más idóneos. A su vez, los no idóneos no deben ser designados en tales cargos. Con acierto, se incluye en el concepto idoneidad la exigencia de cubrir ciertos requisitos: idoneidad física, técnica y ética. De ahí que la ley pueda establecer diversas condiciones para ingresar en los empleos públicos, siempre que ellas por su propia naturaleza no creen un privilegio.

o discriminatorias” en materia de igualdad ³⁸.

La Constitución salvadoreña en su Art. 246 al disponer que “Los principios, derechos y obligaciones establecidos por esta Constitución no pueden ser alterados por las leyes que regulen su ejercicio”, podría ser interpretado como fuente u origen del principio de razonabilidad.

Este principio exigido en el contenido de la ley hace que lo que se ha denominado como ~~la~~ debida razonabilidad de las leyes, se configure como uno de los aspectos del debido proceso legal.

La razonabilidad debe buscar una conexión con un interés jurídico relevante, ya que el establecimiento de una diferenciación de categorías por la ley no puede perseguir un interés particular o cualquiera, sino que se exige que proteja un interés constitucionalmente relevante, entendiendo por estos, aquellos que se encuentran amparados por la propia Constitución. Generalmente siguiendo una clasificación muy común, podemos distinguir dos aspectos susceptibles de control de razonabilidad: la ponderación y la selección ³⁹.

Casi cualquier norma puede ser analizada en ambos aspectos.

~~Por~~ ~~lo~~ ha comprendido, como la razonabilidad de los medios elegidos por el legislador. Un aspecto a analizar sería entonces, determinar si hay un vínculo entre la medida adoptada y el fin del legislador. Es un análisis de medios y fines.

Por ~~lo~~ se entiende el análisis del criterio por el cual el legislador afecta los derechos de algunas personas en forma distinta de los de otras.

Pero al fin y al cabo, dichos criterios se entremezclan haciéndose básicamente imposible su utilización por separado.

Se destaca también como condición para que un trato desigual sea constitutivo de una diferenciación admisible, y no de una discriminación, es la desigualdad en los supuestos de hecho, que por ser diferentes admiten y requieren un trato diferente. Esto exige que quien alega la violación del principio de igualdad, debe de aportar lo que se denomina como ~~el~~

~~40~~

Cabe mencionar, que el análisis de razonabilidad puede variar de intensidad: podríamos situar en un extremo aquellos que afirman que un Juez nunca podría cuestionar una selección hecha por el legislador, sino que debe limitarse a insistir que esa selección sea aplicada en forma constante (es el clásico ejemplo de la doctrina de ~~la~~ Derecho Norteamericano).

38. Esta es una forma clásica de abordar el estudio del derecho a la igualdad, quizá bastante desarrollado en el Derecho constitucional norteamericano, a partir del artículo de Joseph Tussman y Jacobus Tenbroek; "The Equal Protection of the Laws", en: California Law Review, vol. XXXVII, núm 3, p. 341 y ss.

39. Linares, Juan Francisco; "Razonabilidad de las leyes. El debido proceso como garantía innominada en la Constitución Nacional", Astrea, Segunda Edición, Buenos Aires, 1970., p. 114-118.

40. En efecto, corresponde a quien afirma haber sido tratado desigualmente suministrar un término comparativo que permita llegar a la conclusión de que ha sido tratado injustificadamente desigual que otros, y por ende ha sido discriminado.

En el otro extremo, existe la posibilidad de afirmar que una discriminación siempre es injusta, no importan si existen o no razones para justificarla ⁴¹. (Así, es la crítica dirigida hacia la ~~no~~ bien de situaciones como en el Derecho salvadoreño efectuadas en materia de seguridad social y la posibilidad de escoger o no entre el servicio privado o el brindado por la Institución estatal).

Finalmente puede afirmarse también que prácticamente todas las definiciones de discriminación que se han propuesto, sobre todo en el contexto de convenciones internacionales incluyen alguna referencia abierta a la razonabilidad de tratos diferenciales, lo que parece indicar una imposibilidad de sistematizar nuestras intuiciones en esta área sobre la base de principios generales y coherentes ⁴².

b) ~~Los~~ poderes públicos no pueden establecer para los ciudadanos tratos diferentes de forma gratuita. Para que la diferencia este constitucionalmente justificada ha de tener una finalidad. Una finalidad constitucionalmente admisible o por lo menos no prohibida desde la Constitución.

~~Es~~ decir, la adecuación del medio con los fines perseguidos.

La norma no sólo debe estar justificada por el fin que persigue, sino que también tiene que ser el medio adecuado para la realización del fin que se propone ~~o~~.

Llegados hasta aquí, resulta indudable afirmar que la razonabilidad, finalidad y racionalidad pueden ser sujetas de control constitucional. Averiguar cuándo hay situaciones equivalentes o disímiles, cuando discriminación arbitraria y, por tanto, lesión al Art. 3 Cn., es una tarea que necesariamente recaerá en los intérpretes de la Constitución ⁴³.

Cabe preguntarse si hay un límite en la capacidad de un Órgano Judicial en la revisión de la ley y si el Órgano Legislativo poseerá zonas cuyo poder discrecional sea sumamente amplio, como por ejemplo cuando a consecuencia del cambio de un sistema de seguridad social prestado por el Estado a un sistema prestado a través de particulares, se crean diferenciaciones respecto a la posibilidad o imposibilidad de escoger entre uno u otro sistema, tomando como base o parámetro la edad ⁴⁴, o cuando el legislador establece un tratamiento diferencial privilegiando el cobro de

41 Miller, Jonathan M.; Gelli, María Angélica; Cayuso, Susana; "Constitución y Derechos Humanos", Tomo 2, Astrea editorial, Buenos Aires, 1991, p. 1530.

42 Nino no puede dejar de efectuar un intento de sistematización de aspectos relativos a consideraciones que pueden efectuarse para diferenciar entre discriminaciones legítimas y proscribas: a) respecto de las precondiciones de participación igual en el proceso democrático; b) necesidad de promover la autonomía de las personas...". Cfr. Nino, Carlos Santiago; "Fundamentos de Derecho constitucional", Editorial Astrea, Buenos Aires, 1992, p. 420.

43. Así por ejemplo cuando la Cámara de Familia de la Sección del Centro señala que "El expresar que la madre es la que mejor puede educar a su hijo, no debe aplicarse como una norma inmutables, porque afirmar lo anterior sin prueba equivale a violar el principio de igualdad". Sentencia 6-97 de dieciocho de noviembre de 1997, lo que hace es confirmar la necesidad de un tratamiento igualitario cuando no existan causas o razones para generar un tratamiento distinto o desigual.

44. Art. 184 Ley del Sistema de Ahorro para pensiones.

créditos concedidos por bancos, compañías aseguradoras, instituciones de crédito o sociedades y asociaciones cooperativas, frente a los créditos provenientes de otros sujetos ⁴⁵; o bien cuando el legislador establece el derecho al secreto profesional describiendo una tabla rasa de profesiones que ostentan dicha facultad, excluyendo algunas que podrían también razonablemente poseerlo ⁴⁶; o frente a la diferenciación que es efectuada por parte de algunos reglamentos, entre aquellos candidatos que aspiran a ingresar en instituciones castrenses ⁴⁷.

A este respecto ha señalado la Sala de lo Constitucional: **D**

[REDACTED]

Y respecto de este punto, en dicha sentencia se concluyó: **D**

[REDACTED]

45. Me refiero al inciso final del Art. 136 del Código de Trabajo que textualmente dice: "Cuando las entidades mencionadas en el inciso primero (Bancos y demás instituciones arriba señaladas) , promovieren acciones judiciales para el pago forzoso de obligaciones mutuarías contraídas por trabajadores, no tendrá aplicación lo dispuesto en el Art. 133 (este artículo establece la inembargabilidad del salario mínimo) pudiéndose trabar embargo hasta en el veinte por ciento del salario ordinario, cualquiera que sea la cuantía de éste".

46. Este podría ser el caso del Art. 187 del Código Procesal Penal vigente, si consideramos que la enumeración efectuada en dicho artículo es taxativa. Podríamos considerar que puede existir una vulneración a lo que ha sido denominado como "derecho al secreto profesional", ya que no encontramos en la enumeración formulada por la ley, profesiones que podría justificarse su incorporación: tal es el caso de los psicólogos y los periodistas.

47. Tal es el caso del Art. 79 del Reglamento Orgánico de la Escuela de Aviación Militar, en el que se establece "que en igualdad de condiciones entre los aspirantes, serán preferidos para el ingreso: a) los hijos de militares muertos en servicios, b) los hijos de pilotos militares en servicio activo o en situación de retiro; c) la clase y tropa de la Fuerza Armada y d) los hijos de militares" (D.E. de 23 de noviembre de 1987). Similar disposición contiene el Reglamento Orgánico de la Escuela Militar "Capitán General Gerardo Barrios", en su Art. 22. (D.E. de 26 de enero de 1970).

5-96 sobre
la Ley de Emergencia) ⁴⁸.

Esto no significa otra cosa, que como apunta el Manual de Derecho Constitucional salvadoreño en materia de aplicación del derecho de igualdad, que la Sala de lo Constitucional recurre al argumento de la discrecionalidad del legislador, técnica conocida en el Derecho norteamericano con el nombre de auto-limitación judicial ⁴⁹.

4.- LAS TRANSFORMACIONES DEL CONCEPTO DE IGUALDAD

Un dato innegable es el hecho de que los ciudadanos y los grupos sociales en general se hallan en una situación de desigualdad real. La ley los podría tratar de forma igual, pero no lo son en realidad. El Estado social de Derecho, que hizo su aparición en el contexto constitucional salvadoreño de 1950, supuso el establecimiento de obligaciones por parte del Estado para la promoción de condiciones que fomenten la igualdad real.

Una primera visión de la igualdad jurídica, es la idea de una igualdad formal “ante la ley”: el Estado en esta postura no tiene que actuar para procurar erradicación de las desigualdades de hecho existentes en una sociedad, sino que debe aceptarlas tal como son, y precisamente respetarlas”.

Una segunda visión será la defendida a través del Estado social: la igualdad demanda un actuar del Estado, para remover los obstáculos culturales, políticos o económicos que limitan de hecho la igualdad de los hombres (Igualdad material). Pero el tratamiento de la igualdad material no es un tema pacífico. Es señalada como fundamento de los derechos, y como signo distintivo de los logros conseguidos a través del denominado

Con la prescripción de la igualdad formal se conviene que los hombres deben ser considerados como iguales, precisamente prescindiendo del hecho de que son distintos, es decir, de sus diferencias personales de género, raza, lengua, religión, opiniones políticas y similares. Con la afirmación de la igualdad sustancial o material se conviene, por el contrario, que aquellos deben ser hechos tan iguales como sea posible, y que por consiguiente, no se debe prescindir del hecho de que son social y económicamente desiguales.

48. Estas anotaciones las efectuaba la Sala respecto a la necesaria diferenciación entre la aplicación de la Ley Penal y la aplicación de ley especial a menores enfatizando: “la perspectiva del derecho general de igualdad en los supuestos que la ley secundaria establece una diferenciación, es posible aplicar-básicamente- los mismos criterios cuando la ley no establece una diferenciación que, conforme a la normativa constitucional, debe prescribirse. Así, específicamente el Art. 35 inc. 2º Cn. constituye un supuesto especial de igualdad por diferenciación, es decir, el constituyente, en razón de una diferencia natural que advierte en un sector de la población, determina que éste debe ser tratado legalmente distinto...” (Inc. 15-96).

49 Bertrand Galindo, Francisco y otros; “Manual de Derecho constitucional...”, ya citado., P.811.

Pero esta faceta de la igualdad, no esta sujeta únicamente a los mecanismos de evaluación de la igualdad que antes hemos descrito (razonabilidad, finalidad, proporcionalidad, etc.) sino que entran en juego dimensiones sociales y económicas –como la escasez- que obligan a plantear el tema de los derechos desde un punto de vista de su eficacia, por la necesidad de medios económicos para su realización. En síntesis la idea de igualdad propugnada por el Estado Social de Derecho, supondría encontrar el criterio adecuado para que todos pudiesen llegar a iguales condiciones al ejercicio de la libertad

Mecanismo para analizar la debida participación del Estado en el desarrollo de esta igualdad material parecen ser el concepto de la satisfacción de necesidades básicas. Al fin y al cabo la idea misma de derechos humanos proviene del sentido de defender y satisfacer lo que moralmente en un momento definido se señala como esencial para el desarrollo del hombre, como genero.

Algunos mecanismos para conseguir esta igualdad material ya están definidos y plasmados en la Constitución, como la cobertura de la educación básica y obligatoria, la seguridad social, el derecho a la salud, etc., derechos que no hay duda pueden ser susceptibles de control constitucional, aún cuando su desarrollo jurisprudencial es apenas existente en El Salvador.

Es imposible negar la dificultad de discutir los límites de intervención del Estado para hacer efectiva esta igualdad material. Recientemente en El Salvador, la pretensión por parte de un grupo de personas infectadas con el virus del SIDA ha señalado la necesidad, (quizá desde un punto de vista del Derecho a la salud, pero también puede enfocarse desde el punto de vista de la igualdad) de recibir cobertura en materia de tratamiento médico para aquellos aquejados con dicho mal; por parte del Instituto Salvadoreño del Seguro Social, igual que cualquier otro tratamiento. ¿Pero será dicha pretensión materialmente posible o constitucionalmente viable?.

Por otra parte, si podemos destacar que tanto la jurisdicción, como la legislación en general se han preocupado por llevar a ciertos ámbitos aspectos que han sido una conquista del Estado Social y Constitucional de Derecho:

a) el establecimiento de la eficacia del amparo (igualdad frente a la vulneración de un derecho constitucional) con independencia del sujeto en el ámbito del proceso de amparo

b) la tutela reforzada para aquellos grupos que históricamente han sido tratados en forma discriminada o bajo sujeción
 la cual ha implicado la creación de mecanismos
 de protección especializados en las relaciones entre particulares

5. LOS NUEVOS HORIZONTES DE LA IGUALDAD.

El desafío de la igualdad en el Estado Constitucional salvadoreño, quizá este íntimamente vinculado con una revisión del concepto de igualdad que deseamos implementar, prestándole la debida atención de manera tan atenta a la cuestión de ¿Qué tipo de igualdad es la constitucionalmente protegible o protegida?.

La crítica esta enfocada hacia el examen de las situaciones de violación de derechos individuales que en algunos momentos los Estados llegan a avalar. Al parecer, se hace énfasis en defender los derechos tales como vida, integridad física, propiedad, etc., frente a agresiones concretas, pero la falta de una atención médica adecuada, las situaciones de indefensión por falta del deber de garantía del Estado, el analfabetismo germen de desigualdad de oportunidades, nos lleva considerar, si en éstos otros casos, no se estará también infringiendo la Constitución.

Pareciera que hacemos descansar la idea de violaciones a derechos fundamentales en la distinción entre acciones y omisiones. Omisiones que se agravan tal vez, frente a concepciones tales como la del Estado mínimo o la intervención mínima del Estado, para que este no interfiera en las reglas del juego de la economía en una sociedad. Como se ve, el desafío de la igualdad en un Estado Constitucional de Derecho, es la idea de un papel activo por parte del Estado para su consecución, en el que jugará un rol importante el Juez Constitucional ⁵⁰.

En este sentido, es frecuente que las normas constitucionales, que dan coherencia y brinda unidad e idea de sistema a todo el ordenamiento jurídico incluyan la prohibición de la discriminación, o bien en forma de declaración expresa, o bien a través de la declaración genérica de igualdad; pero esto, no significa que los ordenamientos jurídicos establezcan una inmunización respecto a posibles normas que discriminen o en su caso, a que la Administración, el gobierno o los particulares a través de sus actuaciones pudiesen en un momento discriminar.

Será la búsqueda de la procura de igualdad de oportunidades, lo cual ha dado lugar en el derecho estadounidense y europeo -entre otros mecanismos- a hablar: a) de la

con la finalidad de conseguir una igualdad de oportunidades especialmente frente a grupos desprotegidos o minorías, lo cual para algunos implicaría la adecuación de la Constitución a nuevos estadios de las sociedades contemporáneas y b) de la búsqueda de un rol más protagónico del Estado y de la Constitución en el libre juego de voluntades entre particulares, señalando la posibilidad de que en algunos supuestos, la Constitución sea también –y específicamente en materia de igualdad- un límite a las reglas de autonomía de la voluntad y libre

50. Cfr. Nino, Carlos Santiago; "Fundamentos de Derecho constitucional...", ya citado., p. 186-194.

determinación que suelen regir las relaciones entre particulares.

Acerquemonos pues, a estas dos orientaciones ⁵¹.

Se ha sostenido que la parte dogmática de las constituciones, tiene como función el servir de límite del poder, creando un amplio campo de libertad individual, signado por la regla contenida en el Art. 8 de la Constitución (Cláusula de clausura del Ordenamiento le denominan algunos), según la cual “todo lo que no está prohibido está permitido”. Este principio de libertad encuentra su reaseguro, en el reconocimiento a su vez de la garantía de igualdad. La libertad solo se goza en igualdad.

A principios de siglo irrumpen el constitucionalismo social instrumento de búsqueda del equilibrio entre libertad e igualdad. No reniega del constitucionalismo clásico, pero sí lo complementa, trazando el objetivo de una efectiva igualdad de oportunidades, poniendo acento en la “necesidad” como condicionante de la libertad, variando sustancialmente con ello el rol del Estado. De un papel pasivo –de no-intromisión- pasa a un rol activo, de acción.

Pero su obligación, su orientación y la instrumentalización para hacer efectivas estas nuevas premisas son objeto de una discusión interminable, que comienza trazando la idea de si resultan vulnerados los derechos constitucionales si el Estado niega o reduce este rol activo, así como también de cual es el papel del Órgano judicial frente a estos supuestos.

En su afán de extinguir la llamada discriminación perversa -señala Sagüés- esto es la discriminación intolerable que crea sectores o clases relegados, surge la que postula medidas de protección a minorías bajo sujeción o discriminación ⁵².

Pero “Discriminar”, no es un término unívoco, sino que posee varios sentidos y si bien, por un lado “en un sentido originario, significa simplemente, distinguir o diferenciar; en la actualidad, y sobre todo retomando el concepto de “discriminación” gestado en el Derecho internacional, parece que dicho concepto se acerca más al significado de “parcialidad”, “perjuicio”, “favoritismo”, “fanatismo”, “intolerancia”; siendo entonces, que significará distinguir o diferenciar, pero mal, peyorativa o negativamente, en sus efectos.

Muy relacionada a esta cuestión resurgirá con considerable fuerza en los últimos años la discriminación de la mujer ⁵³, lo que ha dado lugar

51. Obviamente estas no son las únicas y exclusivas transformaciones que se efectuarán dentro del actual Estado Constitucional de Derecho, con relación a la aplicación del principio de igualdad. Y del mismo concepto de Constitución. Pero ambas considero, merecen especial atención en el desarrollo actual del Derecho Constitucional Salvadoreño. De ahí que las mencione en forma brevísima en el presente trabajo.

52. Sagüés, Néstor Pedro: “Elementos de Derecho constitucional”, tomo 2, editorial Astrea, Buenos Aires, 1997., p. 446.

53. Ya la Convención de Naciones Unidas sobre Eliminación de todas las formas de discriminación contra la Mujer, aprobada el 18 de diciembre de 1979, excluye únicamente del concepto de discriminación dos tipos de medidas: “las medidas especiales de carácter temporal encaminadas a acelerar la igualdad de facto entre el hombre y la mujer” (Art. 4.1), así como las de protección de la maternidad (Art. 4.2); es decir, por un lado medidas de acción positiva y, por otro lado, el un supuesto de diferenciación jurídica entre hombre y mujer que parte de un hecho concreto: la maternidad.

a todo un movimiento no solo político, sino también intelectual, e incluso con proyecciones en el ámbito constitucional de carácter de género dirán algunos o bien feminista, para otros ⁵⁴.

Directamente relacionado con estos movimientos y la instrumentalización de mecanismos jurídicos para su prevención y protección ha sido la discriminación inversa, es decir, el establecimiento de cuotas o cupos benignos, en el ámbito de la educación, la vivienda y el empleo. (En este último aspecto, por ejemplo se inclina Naciones Unidas, al preferir en algunos ámbitos la contratación femenina).

Este mecanismo parece hallar alguna justificación:

- a) para lograr una suerte de reparación histórica frente actos de sujeción o discriminación contra ciertos grupos,
- b) como mecanismos para la construcción de una sociedad más igualitaria en materia de oportunidades.

Sintetizando ambos podríamos decir, que se justifican bajo la idea de constituir sistemas de corrección de las prácticas cotidianas de discriminación negativa a grupos minoritarios, marginados o excluidos. Ejemplos de estas discriminaciones son variados, encontrándonos desde cuestiones relativas a oportunidades laborales a ciertos grupos (como mujeres, extranjeros, discapacitados) hasta cuestiones relativas a la desigualdad en materia de atención médica a sectores populares ⁵⁵.

Esta conquista del Estado social de Derecho hace énfasis en una diferenciación latente, entre el contenido de la igualdad individual y la igualdad frente a grupos o colectivos. Así, el concepto de discriminación individual difiere del concepto de discriminación frente colectivos. En el primer caso, nos encontramos simplemente con una vulneración del derecho a la igualdad establecido en el Art. 3 Cn., mientras que en el segundo, la desigualdad, aunque se manifieste individualmente, estaría precedida del prejuicio, la desvalorización e incluso, la subordinación fáctica y social de determinados grupos.

Debemos señalar que en todo caso podríamos diferenciar entre medidas de acción positiva de las cuestiones relacionadas con el concepto de discriminación inversa; ya que ambos conceptos engloban mecanismos diversos para la búsqueda real de la igualdad. Así, entonces, tratemos separadamente dichos conceptos para aclarar el contenido de cada uno de ellos y sus repercusiones dentro de los diversos ordenamientos jurídicos.

54. Véase al respecto: Durán y Lalaguna, Paloma; "Los límites del Derecho", editorial Comares, Granada, 1996., p. 2 y ss.

Una situación bastante polémica y que ha sido recientemente analizado a la luz de una posible discriminación de la mujer constitucionalmente tolerada, es el caso del Art. 38 Ord. 10° Cn., que en su inciso segundo señala "Se prohíbe el trabajo a los menores de dieciocho años y a las mujeres en labores insalubres o peligrosas". Para algunos (as), dicha disposición constitucional ubica a la mujer en una situación comparativa difícil de sostener, al compararla, con menores incapaces, por lo que ha comenzado a sugerirse la posibilidad de su reforma. 55. Magendzo K, Abraham; "Discriminación negativa: una práctica social cotidiana y una tarea para la educación en derechos humanos", en: Instituto Interamericano de Derechos Humanos (Editor); Serie "Estudios Básicos de Derechos Humanos" Tomo III, San José, 197?., p. 185-209. Véase también: Fernández López, María Fernanda; "Igualdad y no discriminación por razón de sexo: Planteamiento constitucional" en: Aparicio, Joaquín, y Baylos, Antonio; "Autoridad y democracia en la empresa", editorial Trotta, Madrid, 1992, p. 95 y ss.

6. ACCIONES AFIRMATIVAS O POSITIVAS

Sostiene Rey Martínez, que las acciones positivas -específicamente para la igualdad de las mujeres- no sólo constituyen una variable más del Estado social y su postulado general de “igualdad de oportunidades”, sino también medidas especialmente exigidas por el constituyente o el legislador, pero que no se identifican con el establecimiento de cuotas especiales para el acceso de la mujer o grupos discriminados o excluidos en una sociedad.

Dichas acciones positivas consistirían más bien en tratar de remediar o integrar las desventajas que caracterizan a la mujer en el acceso a ciertos grupos de trabajo, a favorecer la carrera profesional de las mujeres en condiciones de igualdad con los hombres, e inclusive, a favorecer el equilibrio entre responsabilidades familiares y profesionales ⁵⁶.

En todo caso debe destacarse que existe cierta confusión respecto de las funciones y formas a través de las cuales pueden implementarse aunque no parece demasiado aventurado pensar en un mismo punto de partida: la constatación de la desigualdad entre hombre y mujeres.

De ahí que lo que resulta, en todo caso diferente, es “el modo de superar este punto de partida”: bien promoviendo o impulsando la igualdad (para el futuro), bien corrigiendo o compensando la desigualdad (para el presente).

Para Barrère, “la definición de las acciones positivas en términos de promoción o en términos de compensación supone contemplar la igualdad (y la desigualdad) de manera diversa. Así, quien habla de la acción positiva en términos de promoción probablemente se refiere a una igualdad difusa y futura, mientras que quien opta por referirse a la acción positiva en términos de corrección o compensación probablemente pensará en una traducción concreta e inmediata de la igualdad, utilizando para ello porcentajes, preferencias o en cualquier caso, haciendo uso de un criterio de medida ⁵⁷.”

7. DISCRIMINACION INVERSA

Un concepto distinto sería el de la discriminación positiva o inversa (algunos lo consideran una especie dentro del género de acciones positivas o afirmativas), esto es lo referente a la creación de sistemas de cuotas o métodos preferenciales para la escogitación de mujeres, generalmente en

56. Cfr. Rey Martínez, Fernando; “La discriminación positiva de mujeres. (Comentario a propósito de la sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad de 17 de Octubre de 1995, asunto Kalanke), en: Revista Española de Derecho Constitucional nº 47, (mayo-agosto), 1996., p. 323-324.

57. Barrère Unzueta, María Ángeles; “Discriminación, Derecho antidiscriminatorio...”, ya citado., p. 83.

aspectos laborales. Mediante estas medidas se han establecidos reserva de mínimos de plazas de trabajo, de puestos electorales, de ingreso en la Universidad, etc.

Como destaca Barrère Unzueta, por discriminación inversa originalmente se hará referencia a prácticas que se desarrollaron en los Estados Unidos sobre todo, en donde, la existencia de una serie de normas o disposiciones favorecían de forma temporal o transitoria a determinados grupos o colectivos, dado que dichos grupos tenían una presencia proporcionalmente inferior respecto de otros grupos sociales en determinadas áreas (laborales, universitarias, docentes, policiales, etc.).

En todo caso debe anotarse, que el sistema de discriminación inversa, tiene generalmente un carácter excepcionalísimo; y es sujeto a mayores requisitos y límites para su inserción en los ordenamientos jurídicos, y a ello se debe añadir, que es un sistema abiertamente criticado por los efectos negativos que se sostiene, le acompañan.

Efectivamente, se han levantado dudas acerca de la admisibilidad de estas prácticas en el marco de una concepción liberal de una sociedad; dudas entre las cuales se destacan: a) que son medidas que siempre plantea un importante desacuerdo social, por su propio carácter polémico; b) que no tienen efectos igualitarios sino más bien generadores de mayor desigualdad (Irónicamente se ha escrito.... "¿Qué criterio redistributivo podría justificar la atribución de un puesto de trabajo a una mujer culta y rica, a expensas de un pobre que, además, ha tenido el infortunio de nacer hombre?"); c) Tienen un efecto contraproducente, porque precisamente logran como resultado el patentizar la desigualdad. "Que haya mujeres de cuota, no parece ser el ideal de la igualdad de sexos, y a ello debemos añadir el denominado efecto ~~gd~~ d) la posibilidad de crear un efecto expansivo en materia de cuotas privilegiadas; e) si realmente estas medidas benefician realmente a las personas perjudicadas; f) si quienes resultan perjudicados por la discriminación inversa fueron personas que se beneficiaron con la situación anterior; g) que no pueden imponerse cuotas privilegiadas basando en el argumento de la compensación histórica, ya que ello trae como dificultades derivadas de la identificación entre generaciones perjudicadas y favorecidas; y por la existencia de situaciones especiales -sobre todo en el ámbito privado- donde se ha generado una doctrina -sobre todo en el Derecho norteamericano- conocida como ~~ff~~ etc . Finalmente cabe agregar que diversos tribunales entre la Corte Suprema Federal de los Estados Unidos y el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas han comenzado a cuestionar la aplicación en forma automática de cuotas laborales surgidas de la aplicación

58. Cfr. Ainis, M "Azioni positive e principio de egualianza" en: Giurisprudenza Costituzionale, fascículo 1, Milán, 1992., p. 590 y ss. y Rey Martínez, Fernando; "Discriminación positiva de mujeres...", ya citado., p. 329-330.

de normas que implicaban acciones afirmativas ⁵⁹.

En todo caso, debemos anotar que la distinción entre acciones positivas y discriminación inversa no es pacífica, puesto que en algunas ocasiones es difícil establecer una distinción clara entre tratos preferentes y cuotas ⁶⁰.

b) Participación política y Mujer

En la actualidad ha comenzado a gestarse en el ámbito nacional el replanteamiento de la participación de la mujer dentro del proceso político, lo que ha llevado a algunos partidos políticos en El Salvador, a establecer, inclusive, niveles porcentuales de participación del sector femenino dentro de los cargos de representación y organización de los partidos políticos ⁶¹.

Su este planteamiento no desconoce sus orígenes: la persistente baja presencia de las mujeres en los órganos de representación política ha implicado en algunos países el establecimiento de cuotas de reserva o acceso empleadas o al menos discutidas en países tales como Dinamarca, Finlandia, Alemania, Francia, Bélgica e Italia.

“En el caso de Bélgica, la Ley de 24 de mayo de 1994, modifica siete leyes electorales en orden a introducir en ellas la prohibición de que el número de candidatos de un mismo sexo exceda de dos tercios (o, lo que es lo mismo, para lograr que las mujeres constituyan al menos un 33 por 100)” ⁶².

Especial comentario ha destacado el frustrado intento en Italia de la introducción de un sistema de cuotas dentro del proceso político. Así, la sentencia de la Corte Costituzionale, de septiembre de 1995, en la cual emitió un juicio de inconstitucionalidad sobre el establecimiento de un sistema de cuotas establecido por el legislador italiano desde la ley, para los cargos públicos de elección popular.

c) Igualdad en las relaciones entre particulares (Un comentario a la sentencia de amparo 40-98 de 24 de mayo de 1999).

Nuestra Constitución reconoce algunos aspectos específicos, en materia de igualdad entre particulares como: igualdad en materia laboral (Art. 38 Ord. 1 Cn, lo cual ha sido desarrollado por los artículos 123 y 124 CT); la igualdad de los cónyuges (Art. 32 inc. 2° Cn.); la igualdad de los

59. Dice el Tribunal de Luxemburgo: párrafo 16. “...una norma nacional que establece que, en una promoción, las mujeres que tienen la misma capacitación que sus competidores masculinos gozan automáticamente de preferencia en los sectores en que estén infra-representadas, entraña una discriminación por razón de sexo”. Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 17 de Octubre de 1995.

60. Véase especialmente: Barrère Unzueta, María Angeles; “Discriminación, derecho antidiscriminatorio...”, ya citado., p. 85 y ss.

61. “El coordinador general del Frente Farabundo Martí para la Liberación Nacional (FMLN), Fabio Castillo, anunció ayer que ha propuesto una reforma a los estatutos (del partido político mencionado), para que se garantice que –al igual que las mujeres–, los hombres tengan asegurada una cuota del 33 por ciento de los cargos de dirección y candidaturas. Castillo explicó que ese porcentaje reservado por los hombres garantizaría el principio de igualdad dentro del partido y el respecto de la Constitución de la República. Los estatutos del FMLN establecen un reparto de cuotas para mujeres y jóvenes, en un 33 por ciento cada uno.

62. “Sobre la base del principio de igualdad de género, nosotros tenemos también derecho, y en consecuencia estaríamos solucionando ese valladar que algunos constitucionalistas estrictos nos han planteado”, manifestó Castillo. Nota periodística en: “La Prensa Gráfica” de Miércoles 27 de Octubre de 1999., p. 16. Las cursivas son mías.

62. Barrère Unzueta, María Angeles; “Discriminación, Derecho antidiscriminatorio...”, ya citado., p. 98

hijos (Art., 36 inc 1 Cn);e inclusive la aplicación del principio de no-discriminación (y por tanto necesidad de tratamiento igualitario) en materia educativa (Art. 58 Cn.).

Sobre dichas concreciones constitucionales existe ya jurisprudencia que plantea la aplicación inmediata de las disposiciones constitucionales para proteger y garantizar dicho tratamiento igualitario ⁶³. Pero no me referiré en éste último apartado a esa igualdad constitucional definida y asegurada, sino a una cuestión muy poco analizada en el país, y en la que merece también detenerse, me refiero a la ponderación y fijación de límites entre la autonomía de la voluntad y el derecho a la igualdad.

Definitivamente, las relaciones entre particulares, no quedan excluidas del ámbito de aplicación del principio de igualdad y la autonomía de las partes debe respetar el principio constitucional de no-discriminación. Ahora bien, debe tomarse en consideración que en el ámbito de las relaciones entre particulares, los derechos fundamentales y entre ellos el derecho a la igualdad, han de hacerse compatibles con otros valores y principios constitucionales, que tienen su último origen en la autonomía de la voluntad y que se manifiestan a través de los derechos y deberes que nacen de la relación creada por las partes o de la correspondiente situación jurídica ⁶⁴.

En nuestro Derecho constitucional ha sido analizada la cuestión a partir de una reciente sentencia, emitida bajo la referencia 167-97, de 25 de mayo de 1999 y en la cual se ventila el problema de la renuncia anticipada del derecho de apelar y se señala que

63. Como ejemplificación pueden mostrarse algunos de los múltiples pronunciamiento sobre igualdad de los hijos efectuados en sede constitucional:

"Consecuentemente con lo anterior, el estado debe velar por el cumplimiento de esa función e intervenir, en interés superior del hijo, en los casos que corran peligro los derechos del mismo, cuando los padres se extralimitan en el ejercicio de la autoridad. Con base en la nueva filosofía y concepción de la autoridad parental y en los principios de igualdad de los hijos y del binomio hombre-mujer, la normativa proyectada asigna a ambos padres la misma función, que deberá ejercerla conjuntamente y de común acuerdo." En tal sentido tal y como reza el inciso 1º del Art. 207 C.F. "El ejercicio de la autoridad parental corresponde al padre y a la madre conjuntamente o a uno sólo de ellos cuando falte el otro." Dicha institución es un desarrollo del Capítulo II "Derechos Sociales", Sección Primera "Familia" de la constitución vigente." (Habeas Corpus 21-A-95 de 14/12/95).

"Dicho artículo 36 Cn. se basa en el principio de la igualdad de derechos entre los hijos frente a los padres.. Principio que a su vez deriva del primordial derecho a la igualdad enunciada en el artículo 3 de la Constitución; y siendo consecuentes con los valores que nuestra Constitución persigue, tal disposición debe interpretarse como una norma que tiene por finalidad equiparar las facultades o derechos de los hijos sin distinción alguna, los cuales pueden exigirse a sus padres, sin ninguna clase de privilegios, y sin ninguna distinción entre tales derechos, pues se comprenden todos los fundamentales para que el hijo tenga una vida digna; es decir tanto los ejercitables en vida del padre como por causa de muerte. Ahora bien, la segunda parte del inciso primero de la disposición analizada establece categóricamente y taxativamente la obligación de los padres de proveer a los hijos protección, asistencia, educación y seguridad; derechos que indudablemente son básicos para el bienestar del individuo, pero no lo es menos el derecho a heredar o a suceder el patrimonio del padre, puesto que dicho patrimonio puede seguir proporcionando esa protección y seguridad que la Constitución garantiza al hijo.

Consecuente con lo anterior, los artículos 988 numerales 1º y 2º del Código Civil; el primero, que establece el orden de prioridades en cuanto al derecho de suceder de los hijos, ubicando en un segundo plano a los hijos naturales y en grado de superioridad a los hijos legítimos; y el segundo, que consigna la regla de aplicación de tal prelación hereditaria; se encuentran en contraposición respecto de Artículo 36 de la Constitución ya que expresamente contradice el texto y el fundamento de tal precepto.

Con respecto a este último punto, cabe mencionar que dentro del ámbito normativo pueden existir normas preconstitucionales, unas que pueden ajustarse a los preceptos que establezca la Constitución vigente, y otras que son contrarias a dichos preceptos, en este último caso la disposición contraria a una Constitución dictada con posterioridad, queda derogada por las normas de ésta, en lo que se oponga al nuevo texto de la Constitución, por ello, cualquier disposición que no se adecue a la normativa constitucional queda eliminada del ordenamiento jurídico vigente." (Amparo 1-C-94, de 29/09/95).

64. Rubio Llorente, Francisco; "Derechos Fundamentales...", ya citado., p. 110.

[REDACTED]
 [REDACTED]
 [REDACTED]
 [REDACTED]
 [REDACTED]
 [REDACTED]
 [REDACTED]
 [REDACTED]

La conclusión no escapa al análisis judicial: la aplicación del Art. 986 en su núm 2º Prc., que establece que: “La ley niega la apelación: 2) Cuando entre las partes hubo pacto de no apelar”, es una disposición que está afectada de inconstitucionalidad debido a que su aplicación vulneraría el derecho a una igualdad procesal de las partes, violentando no el Art. 3 Cn. sino el 11 Cn. ya que la igualdad procesal según la jurisprudencia constitucional forma parte integrante del derecho de audiencia.

En efecto, nos encontramos aquí con uno de esos casos límite en donde ante la ponderación de dos bienes constitucionales debemos definir cual de ellos es el que constitucionalmente debe de quedar situado en un grado prevalente en este tipo de casos.

El Código de Procedimientos Civiles siguiendo su ideario liberal priorizaba la autonomía de la voluntad, dándole validez a aquellas renunciaciones del derecho de apelar efectuadas por acuerdo de voluntades entre las partes. El actual análisis constitucional ha ponderado en este conflicto de forma distinta aduciendo -entre otras justificaciones- una violación flagrante a la idea de igualdad procesal. Lastimosamente la sentencia no profundiza en este conflicto de derechos constitucionales decantándose por señalar la afectación del contenido esencial del derecho de audiencia, un concepto abstracto, y con límites verdaderamente difíciles de definir. No podemos dejar de mencionar esta jurisprudencia tan importante con relación al tema desarrollado aquí, aún cuando hubiera sido interesante, que la Sala de lo Constitucional comenzase por perfilar uno de los temas más importantes en las sociedades contemporáneas y que hoy, por hoy tiene un escaso desarrollo jurisprudencial: me refiero a los límites a la autonomía de la voluntad contractual.

BIBLIOGRAFIA

- ARISTOTELES, La Política III, 9
 BERTRAND GALINDO, Francisco; TINETTI, José Albino; KURI de MENDOZA, Silvia Lizette; ORELLANA, María Elena. “Manual de Derecho Constitucional” Tomo II, Talleres Gráficos UCA, San Salvador, 1992.
 BOBBIO, NORBERTO. “Igualdad y Dignidad en los hombres”. El

tiempo de los derechos, editorial sistema, Madrid 1991.

DURAN Y LALAGUNA, PALOMA. "Los límites del Derecho", editorial comares, Granada 1996.

- FERRAJOLI, LUIGI. "Derechos y Garantías". La ley del mas débil, editorial Trotta, 1º edición en Español, Madrid 1999.

- FERRAJOLI, LUIGI. "Derecho y Razón". Teoría del Garantismo Penal, Trotta editorial, segunda edición Madrid 1997.

GASCON ABELLAN, Marina. "Igualdad y respecto al precedente" Derechos y Libertades # 2. Revista del Instituto Bartolomé de las Casas, Coedición Universidad Carlos III y BOE, Madrid 1994.

LINARES, JUAN FRANCISCO, "Razonabilidad de las leyes". El debido proceso como garantía innominada en la Constitución Nacional. Astrea Segunda Edición, Buenos Aires 1970.

LOPEZ, GUERRA, Luis; ESPIN, Eduardo; GARCIA MORRILLO, Joaquín; PEREZ TREMP, Pablo; SASTRUSTEGUI, Miguel. "Derecho Constitucional", Volumen 1, tirant lo blanch, Valencia, España 1991.

MAGENDZO K, ABRAHAM. "Discriminación Negativa: una practica social cotidiana y una tarea para la educación en derechos humanos. Instituto interamericano de derechos humanos. Estudios humanos en ; Discriminación negativa.

MILLER, Jonathan M; GELLI, María Angélica; CAYUSO, Susana. "Constitución y Derechos Humanos, tomo II, editorial Astrea, Buenos Aires 1991.

NINO, CARLOS SANTIAGO. "Fundamentos de Derecho Constitucional", Editorial Astrea, Buenos Aires 1992.

PECES - BARBA MARTINEZ, GREGORIO. " Curso de Derechos Fundamentales", Teoría General, Coedición de BOE y Universidad Carlos III de Madrid, 1995.

REY MARTINEZ FERNANDO. "La discriminación positiva de las mujeres". Revista española de derecho constitucional. 1996.

ROBERT, ALEXY. "Ética a Nicómaco". Teoría de los Derechos Fundamentales. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid 1993.

RUBIO LLORENTE, Francisco. "Derechos Fundamentales y Principios Constitucionales", (Doctrina Jurisprudencial), Ariel, Derecho, Barcelona, España 1995.

SAGUES, NESTOR PEDRO. "Elementos de Derecho Constitucional", Tomo II, editorial Astrea, Buenos Aires 1997.

SOLANO RAMIREZ, Mario Antonio. "Estado y Constitución", publicación de la Corte Suprema de Justicia, San Salvador 1998.

3. SOBRE LA PUNIBILIDAD DE LA TENTATIVA INIDÓNEA EN EL NUEVO CÓDIGO PENAL

Por: Santiago Mir Puig

Catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Barcelona

1. El Código penal de 1995 ha operado dos modificaciones en la regulación de la tentativa que han abierto un debate sobre si sigue siendo o no punible la tentativa inidónea en el Derecho español. La primera modificación es la supresión de la referencia que hacía el Código penal anterior a la tentativa inidónea; la segunda es la exigencia, para la presencia de tentativa, de que se realice ~~el acto~~

(Art. 16 CP).⁶⁶

En el Código anterior se mencionaba expresamente la tentativa inidónea en el Art. 52, párrafo segundo, que señalaba la misma pena prevista para la tentativa (inacabada) a los «casos de imposibilidad de ejecución o de producción del delito». Esta referencia ha desaparecido en el nuevo Código. Ello se ha interpretado por un sector de la doctrina⁶⁷ y de la jurisprudencia⁶⁸ como expresión de la voluntad de suprimir la punición de la tentativa inidónea.

La exigencia expresa en la definición de tentativa del Art. 16 del Código actual de «actos que ~~de~~berían producir el resultado» podría entenderse como confirmación de la desaparición de la tentativa inidónea en el nuevo Código. En esta línea parece argumentar la Sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza de 24 de mayo de 1996. También Cerezo ~~no~~ se apoya en la nueva exigencia de objetividad en los actos ejecutivos para afirmar que «una de las grandes innovaciones del nuevo Código consiste en la impunidad de la tentativa inidónea o imposible»⁷⁰.

Sin embargo, la mayoría de los autores no han entendido de este modo las indicadas modificaciones, que a su juicio no imponen la impunidad de toda tentativa inidónea, sino sólo de algunas de ellas: las no peligrosas

66. El Art. 16 del Código penal español de 1995 dice: «Hay tentativa cuando el sujeto da principio a la ejecución del delito directamente por hechos exteriores, practicando todos o parte de los actos que objetivamente deberían producir el resultado, y sin embargo, éste no se produce por causas independientes de la voluntad del autor».

67. Cfr., p. ej., López Garrido/García Arán, El Código Penal de 1995 y la voluntad del legislador, 1996, pp. 45 s.; Cobo del Rosal/Vives Valldecabres, Derecho penal, Parte General, 1996, p. 356.

68. Así la STS 28 mayo 1999 (Ponente Martín Pallín), que, tras constatar que no se contiene en el nuevo Código una referencia a la tentativa inidónea como la que había en el Art. 52, 2 del anterior, concluye con rotundidad que la tentativa inidónea ya no es punible.

69. Cerezo Mir, La regulación del «iter criminis» y la concepción de lo injusto en el nuevo Código penal español, en Rev. de Derecho Penal y Criminología (RDPC), 2ª época, nº 1 (1998), pp. 20 ss.

70. Loc. cit., p. 20.

ex ante, como la tentativa irreal y la supersticiosa ⁷¹, y/o, desde otra terminología, las absolutamente inidóneas ⁷². Y cuando Cerezo Mir afirma que en el nuevo Código la tentativa inidónea es impune, lo hace utilizando un concepto de tentativa inidónea distinto al tradicional y considerando inidóneas las tentativas no peligrosas ex ante para una persona media en la posición del autor, de modo que de hecho viene a coincidir con la opinión mayoritaria al considerar que sólo se excluyen estas tentativas no peligrosas ex ante (que generalmente se llaman irreales o supersticiosas) y no las tentativas peligrosas ex ante que normalmente se denominan inidóneas⁷³. Por último, un sector opina que el actual Código penal permite castigar incluso las tentativas no peligrosas ex ante. ⁷⁴

Existen también Sentencias del Tribunal Supremo posteriores a la entrada en vigor del Código penal actual que parecen suponer que sigue siendo posible castigar la tentativa inidónea.⁷⁵ Así, la STS de 16 de diciembre de 1996 considera aplicable el Código penal anterior y estima tentativa inidónea sin invocar el nuevo Código ni su aplicación retroactiva, como habría sido necesario en caso de creer que en éste último hubiera dejado de ser punible la tentativa inidónea. Y la STS de 30 de marzo de 1998, que cita a su favor esta Sentencia y la de 23 de septiembre de 1996, declara de forma más explícita que, aunque «el Código penal actual no contiene un precepto que sancione tan explícitamente la tentativa inidónea o el delito imposible, sin embargo ello no puede significar que para el legislador de 1995 la conducta descrita —no socorrer a la víctima del propio accidente creyendo que había quedado herida cuando en realidad falleció al instante— deje de ser socialmente reprochable e impune, antes bien al contrario».

Pero la STS más clara en este sentido fue la de 21 junio 1999, que proclamó expresamente la punibilidad de la tentativa inidónea en la que «los medios utilizados, ‘objetivamente’ valorados ‘ex ante’ y desde una

71. Así Gimbernat Ordeig, Prólogo a la 2ª ed. del Código penal de Tecnos, pp. 17 ss.; Silva Sánchez, El nuevo Código penal: cinco cuestiones fundamentales, 1997, pp. 133 ss., 137; Luzón Peña, Curso de Derecho penal, Parte general, I, 1996, p. 469; Mir Puig, Derecho penal, Parte General, 5ª ed. 1998, L 13/86-89, pp. 347 s.; Muñoz Conde / García Arán, Derecho penal, Parte General, 1996, pp. 439 s.; Alcácer Guirao, La tentativa inidónea, 2000, pp. 466 ss., 473 s. (este importante libro apareció cuando ya estaba redactado el presente trabajo, por lo que no pude tenerlo en cuenta al escribirlo; sin embargo, la excepcional calidad de la obra de Alcácer me obliga a hacer alguna referencia a él, aunque sólo sea a pie de página y sin la extensión que hubiera requerido). También Bacigalupo, Principios de Derecho penal, 4ª ed., 1997, pp. 339 ss., pero no exigiendo peligro objetivo, sino sólo desde la perspectiva del autor.

72. Quintero Olivares, en Quintero Olivares (dir.), Comentarios al Código penal, 1996, p. 120 s.; próximo Vives Antón, en Vives Antón (coord.), Comentarios al Código penal de 1995, 1996, I, p. 100; Sánchez Domínguez / Pérez Parente, Acerca de la punición de la tentativa inidónea, en La Ley, D-20 1998, pp. 1802, 1805.

73. Cfr. Cerezo Mir, RDPC cit., p. 21. También en este sentido Sola Reche, La llamada «tentativa inidónea» de delito, 1996, pp. 176 ss. y, especialmente, p. 229, aunque prefiere evitar la distinción entre tentativa idónea e inidónea.

74. Vid. Gracia Martín, Sobre la punibilidad de la llamada tentativa inidónea en el nuevo Código penal español de 1995 (Comentario a la Sentencia de la Audiencia provincial de Zaragoza de 24 de mayo de 1996), en RDPC 2ª época, nº 3 (1999), pp. 341 ss., especialmente pp. 348 s. Tampoco exige peligro objetivo, pero sí peligro desde la perspectiva del autor, Bacigalupo, Principios cit., pp. 339 s.

75. Ver, interpretando de este modo la Sentencia, Sánchez Domínguez / Pérez Parente, La Ley cit., p. 1806, que también interpretan como favorables a mantener la punición en un caso de tentativa inidónea la STS 23 septiembre 1996, puesto que en un caso de tentativa inidónea anterior al nuevo Código penal no alega la necesidad de dejar sin castigo el hecho, sino que sólo señala la necesidad de revisar la sentencia «a la vista de la ordenación contenida en el nuevo Código penal de 1995, singularmente en su artículo 62 en relación con el artículo 52 del Código derogado», lo que aquellos autores entienden en el sentido de que sólo impone la necesidad de revisar la pena en función del grado de peligro del hecho.

perspectiva general, son abstracta y racionalmente aptos para ocasionar el resultado típico (de lesión o de peligro)”⁷⁶.

Un primer balance de la doctrina y la jurisprudencia vertidas desde la entrada en vigor del Código penal de 1995 permite afirmar, pues, tres cosas: 1) que este Código permite defender en mayor medida que el anterior la impunidad de la tentativa inidónea, cosa que hace un sector doctrinal y alguna Sentencia del Tribunal Supremo; 2) que, no obstante, la doctrina mayoritaria y otras Sentencias del Tribunal Supremo consideran que el nuevo Código no impide castigar a toda tentativa inidónea; 3) que la doctrina más extendida cree que el Código penal actual excluye la punibilidad de las tentativas no peligrosas ex ante para una persona media dotada de los conocimientos de la situación que tiene el autor al actuar, lo que excluye la punibilidad de la tentativa irreal y de la tentativa supersticiosa, mientras que un sector, que sigue utilizando la distinción entre tentativas absolutamente inidóneas y tentativas relativamente inidóneas, considera excluido el castigo de las primeras.

2. Profundicemos algo más en las razones que enfrentan a las dos posiciones mencionadas (1 y 2).

Empecemos por la primera de las señaladas. ¿Por qué unos consideran que la supresión de la referencia a la tentativa imposible del anterior Art. 52, 2 CP supone la supresión de la punibilidad de esta clase de tentativa, en tanto que los otros no extraen esta consecuencia? La respuesta depende, en parte, de un debate ya existente en torno al significado del anterior Art. 52, 2 CP. Para un sector de la doctrina la introducción de este precepto vino en su momento a permitir la punición de la tentativa inidónea, que no cabría en las definiciones de tentativa y frustración del Art. 3 del anterior CP⁷⁷. Para otra parte de la doctrina, en cambio, estas definiciones generales de tentativa incluían los casos de tentativa inidónea punibles, limitándose el Art. 52, 2 a establecer una regla de determinación de la pena, que señalaba a dichos supuestos la pena de la tentativa (inacabada).⁷⁸ La supresión de la disposición del anterior Art. 52, 2 había de tener distintas consecuencias para cada una de estas posiciones. Sólo había de determinar necesariamente la exclusión de la punibilidad de la tentativa inidónea para quienes partiesen de la base de que esta figura no tenía cabida en las definiciones generales de tentativa

76. Invocan esta STS diversas Sentencias de Audiencias Provinciales, como la de Baleares, Sección 1ª, de 28 dic. 1999 (núm. 278/1999), y la de Castellón, Sección 3ª, de 28 nov. 2000 (núm. 263-A/2000). También considera punible la tentativa relativamente inidónea la S. De la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 3ª, de 1 jun, 2000 (rec. Apel. Núm. 295/2000). Y, aunque declara impune la tentativa inidónea en el actual CP, la S. De la Aud. Prov. de Álava, Sección 2ª, de 18 nov. 1999 (núm. 200/1999), de hecho castiga en un caso en que la tentativa es inidónea (no se pudo cobrar el talón porque se había dado aviso con anterioridad).

77. Así Rodríguez Mourullo, en Córdoba / Rodríguez Mourullo, Comentarios al Código penal, II, 1972, pp.216 s., 221 ss.
78. Así Mir Puig, Derecho penal, Parte general, 3ª ed., 1995, p. 376. Otras referencias sobre este debate en Farré Trepal, Consideraciones dogmáticas y de lege ferenda en torno a la punición de la tentativa inidónea, en Estudios de Derecho penal y criminología, UNED, 1989, pp. 264 s., señalando en la p. 265, a favor de la no necesidad de una referencia expresa como la del anterior Art. 52, 2 para la punibilidad de la tentativa inidónea, que antes de la introducción de dicho precepto, bajo la vigencia de los Códigos de 1948 y 1970, tanto la doctrina como la jurisprudencia admitieron dicha punibilidad en base a las definiciones generales de tentativa y frustración.

y frustración, sino sólo en aquel precepto. Para los demás lo decisivo es sólo si la definición de tentativa del actual Código continúa o no incluyendo supuestos de tentativa inidónea como el anterior Art. 3.

Esto último depende, como adelantábamos más arriba, de la interpretación que se dé a la nueva expresión «actos que objetivamente deberían producir el resultado». Esta es la única modificación de la definición de tentativa que resulta relevante para la cuestión que estamos tratando. La unificación en una sola de las definiciones anteriores de tentativa (inacabada) y frustración (tentativa acabada) no afecta a dicha cuestión.

Pero que la actual definición de tentativa incluya o no casos de tentativa inidónea, depende también del concepto que se maneje de tentativa inidónea: *ex ante* o *ex post*.

Veamos estas dos cuestiones.

3. La nueva exigencia del Art. 16 CP de que los actos ejecutivos tengan que ser de tal entidad que «objetivamente deberían producir el resultado» puede ser interpretada de dos modos: dando al adverbio «objetivamente» el sentido más fuerte del término, que exige correspondencia con la realidad, o entendiendo que sólo requiere intersubjetividad. La primera interpretación obliga a tener en cuenta todos los elementos realmente concurrentes en el intento, tanto los que conocía el autor, como los que antes o después se pongan de manifiesto. Si, por ejemplo, el sujeto disparó con una pistola que creía cargada con ánimo de matar, habría que decir que «objetivamente» el disparo no podía producir el resultado de muerte, y ello aunque cualquier persona hubiera podido creer *ex ante* que la pistola estaba cargada —como sucedería si la pistola hubiera sido cargada por el autor y descargada por otro poco antes del hecho aprovechando un descuido del primero—. La segunda interpretación se conforma con que al emprender el intento y antes de que éste se demuestre fallido (*ex ante*) cualquier persona normal en la posición del autor habría considerado posible que produjera el resultado típico. En el ejemplo propuesto, el disparo se presentaría *ex ante* como peligroso, aunque *ex post* se comprobase que no podía salir ninguna bala de la pistola. Aquí «objetivamente» significa «intersubjetivamente», para cualquier sujeto normal.

A) A primera vista podría parece preferible la primera interpretación, que entiende la objetividad como efectiva correspondencia con la realidad, por ser más estricta y favorecer al reo. Pero no es admisible, porque llevaría al absurdo de dejar sin contenido posible el concepto de tentativa. En efecto, como se ha señalado repetidamente ⁷⁹, desde un punto de vista

79. Por Ej., ver Silva Sánchez, *El nuevo Código penal cit.*, p. 125; Cerezo Mir, *RDPCP 1998 cit.*, pp. 21 y 22.; Bacigalupo, *Principios cit.*, p. 340; Gimbernat, *Prólogo a la 2ª ed. del Código penal de tecnos*, 6ª ed., 2000, p. 27; Alcácer, *Tentativa inidónea cit.*, p. 175.

estrictamente objetivo que tome en cuenta todos los elementos del intento que lleguen a conocerse, también ex post, ninguna tentativa que haya quedado en tal podía producir el resultado típico. Si un intento no ha producido el resultado es porque objetivamente (en el sentido fuerte) no podía producirlo, porque algo había en él de defectuoso o inadecuado que ha impedido que alcanzase su objetivo (aunque sólo fuese por haberse efectuado en un momento inadecuado, por ejemplo, cuando la policía estaba cerca y apareció, o cuando la víctima está ausente por razones excepcionales del lugar de la explosión). En un sentido estrictamente objetivo, sólo los actos ejecutivos que acaban consumando el hecho contenían todos los elementos necesarios para afirmar que «debían producir el resultado». El disparo que no mata, sino que sólo hiere, estaba dirigido de tal modo que objetivamente no podía matar, habida cuenta de todos los elementos concurrentes en la situación. Esto es así incluso en el caso de que el disparo saliese perfectamente orientado hacia un órgano vital de la víctima, pero no lo alcanzase por haber sufrido ésta un desmayo en el último momento: si el desmayo tuvo lugar es porque había causas que objetivamente lo determinaron. Todo lo que impide que un intento consiga su objetivo se debe a causas previamente concurrentes que objetivamente habían de acabar impidiéndolo. Así lo impone la ley de la causalidad, según la cual todo lo que sucede en el mundo macroscópico (dejemos aparte el comportamiento de los electrones), es efecto necesario de un conjunto de causas. Aunque el indeterminista excluya de dicha ley los actos voluntarios del ser humano, la misma seguirá impidiendo afirmar que en buena parte de casos considerados de tentativa idónea objetivamente (en un sentido estricto) fuera posible producir el resultado. Es el caso del desmayo que acabamos de proponer, como lo sería el de la flecha en principio perfectamente dirigida por el campeón olímpico pero que no alcanza su meta por efecto de un posterior fuerte golpe de viento inesperado. Y no parece que estos casos merezcan mejor trato (impunidad) que el de aquéllos en que el intento se ha frustrado por obra de una intervención humana voluntaria inesperada (por ejemplo, porque la víctima se mueve en el último momento).

Se desprende de lo anterior que una interpretación estricta del «objetivamente» del Art. 16 CP, que incluya los datos conocidos ex post (aunque también sean teóricamente cognoscibles ex ante por un espectador omnisciente), conduciría al absurdo. Hay otros dos elementos en la definición de tentativa del Art. 16 que se oponen también a dicha interpretación.

Por una parte, la propia literalidad de dicha definición se refiere a los casos en que el intento no ha producido el resultado «por causas independientes de la voluntad del autor». Ello supone admitir que el fracaso del intento se deba a causas que, según la ley de la causalidad, lo hayan determinado objetivamente (en un sentido estricto). Y es incompatible con

exigir al mismo tiempo que el intento pudiera producir objetivamente (en sentido estricto) el resultado. Por lo demás, no parece razonable excluir del término legal «causas» los actos voluntarios de la víctima o de terceros que impidan la consumación.

Por otra parte, el verbo utilizado por la ley junto al «objetivamente» —«deberían»—, hace aún más inviable la interpretación estricta de aquel adverbio. El Art. 16 CP no se limita a exigir que los actos ejecutivos pudieran producir el resultado típico, sino que dice que «deberían» producirlo. Una interpretación estricta del «objetivamente» obligaría a restringir la tentativa punible a los casos en que era necesario objetivamente que el intento produjese el resultado. Pero si era necesario objetivamente que se produjera el resultado, es que éste no podía dejar de producirse: se hubiera producido, y entonces no tendríamos tentativa, sino consumación. No quedaría ningún caso posible de tentativa incluíble en el Art. 16 CP, que requiere que el resultado no se produzca. Y sería aún más evidente la contradicción entre exigir que el intento debiera producir necesariamente el resultado y que no lo haya producido por «causas» objetivas.

B) El verbo «deberían» sólo puede interpretarse, sin dejar sin contenido la definición del Art. 16 CP, en un sentido de pronóstico ex ante efectuado por un sujeto. Pero este sujeto no puede ser el mismo que realiza la tentativa, porque ello lo impide el adverbio «objetivamente», que cierra el paso a una concepción puramente subjetiva de la tentativa en el actual Derecho penal español. No basta que el autor del intento desee producir el resultado o crea que puede producirlo. La exigencia de objetividad no puede tomarse en su sentido más estricto, pero sí en el sentido de una intersubjetividad que trascienda al sujeto actuante. Es la perspectiva que adoptamos en la imputación objetiva: la perspectiva del hombre medio diligente.

Sin embargo, como en la imputación objetiva, es inevitable tener que imaginar a esta persona ideal en la posición del autor. Sin dejar de tener el juicio propio de una persona prudente medianamente inteligente, pero puesto en el lugar del autor. Sólo así podemos dejar de imputar objetivamente la muerte del tío rico a quien el sobrino ha hecho subir al avión que ha explotado por una bomba: nadie en la posición del sobrino podía imaginarlo, pero sí quien, en otra posición, supiera de la colocación de la bomba; a éste debería imputarse el hecho, pero no a aquél. También en la tentativa hay que adoptar la posición del autor.

a) Pero la tentativa no es la consumación, en ella no hemos de imputar la realización de un riesgo típico, sino sólo el intentar realizarlo sin conseguirlo. Sólo hay que preguntar si para cualquier persona medianamente inteligente y juiciosa puede hablarse realmente de un intento serio, de un

intento que una persona media podría realizar si quisiera pretender el resultado, aunque pudiera fracasar. Esto puede entenderse en un sentido más vinculado a los conocimientos y desconocimientos del autor que en la imputación objetiva del hecho consumado —aunque también cabe desechar esta diferenciación, como veremos—. Así, mientras que para la imputación objetiva del resultado típico imaginamos a una persona media que no sólo conociera los datos de la situación como el autor, sino con los conocimientos que tendría dicha persona imaginaria, además de los conocimientos especiales de la misma, en la tentativa podría considerarse preferible imaginar a dicha persona ideal con los mismos conocimientos y desconocimientos de la situación que tuviera el autor. Por ejemplo, si el autor intenta matar con una pistola que cree adecuada pero que en el último momento se encasquilla, podemos decir que cualquier persona inteligente y juiciosa que desconociera, como el autor, que la pistola iba a encasquillarse, consideraría que con ella podía matar. Podría hacerse abstracción aquí de si una persona prudente habría comprobado el estado del arma antes de utilizarla y habría advertido que fallaba. Bastaría para la seriedad objetiva del intento que la persona imaginaria que desconociera lo que desconoce el autor creyera posible que alcanzara su objetivo. Ello sólo dejaría de ocurrir cuando el autor atribuyese a sus actos una virtualidad causal inexistente, como en la tentativa irreal (el sujeto cree que puede envenenar con azúcar, sabiendo que es azúcar) o en la supersticiosa (el sujeto cree que puede matar mediante prácticas supersticiosas). La objetividad (intersubjetividad) de la tentativa sólo requeriría enjuiciar su viabilidad con los conocimientos nomológicos de una persona juiciosa (además de aquéllos que por razones especiales pudiera tener el autor).

Ésta es la concepción asumida por el § 22 del StGB alemán, según el cual hay tentativa cuando el sujeto «según su representación del hecho inicia directamente la realización del tipo»⁸⁰. Y es la posición que Gimbernat, Bacigalupo y Gracia Martín defienden a la vista del Art. 16 CP. El primero entiende la objetividad requerida por el Art. 16 CP en el sentido de valoración del intento por un “hombre medio (objetivo)”, con base en “un conocimiento objetivo de las leyes de la naturaleza”, pero “con el mismo conocimiento (más o menos amplio) de los hechos que el autor” y, por tanto, “con el mismo desconocimiento parcial del autor”⁸¹. La tentativa que no da lugar a la consumación supone siempre la existencia de un error en el sujeto. Se castiga porque si éste «no se hubiera equivocado hubiera podido realizar su propósito». «'Objetivamente' quiere decir que la producción del resultado no puede depender sólo de la imaginación del autor, sino que el plan de éste debe tener un fundamento racional (objetivo)”⁸². No es necesario que pueda efectuarse un juicio de previsibilidad objetiva ex ante, que

80. Cfr. Farré Trepal, Consideraciones cit., pp. 266 s.

81. Cfr. Gimbernat, Prólogo cit., p. 28.

82. Cfr. Bacigalupo, en Conde-Pumpido (dtor.), Código penal. Doctrina y jurisprudencia, I, 1997, pp. 532 s.

requeriría tener en cuenta no sólo los elementos de la situación conocidos efectivamente por el autor, sino también los cognoscibles por una persona prudente, sino que basta que el plan del autor se base en una representación de la realidad que, si se correspondiera con ésta, sería adecuado para producir el resultado típico (según las leyes causales generalmente admitidas): «si las circunstancias que el autor imagina se dieran en la realidad, los actos ejecutivos que realice deberían producir objetivamente el resultado»⁸³.

Ésta es una posible interpretación del Art. 16 CP que parte de la representación subjetiva de las circunstancias de la situación que tenga el autor y que, para dar cumplimiento al requisito de objetividad que aquel precepto impone, sólo añade el conocimiento de las leyes causales (nomológico) aceptadas generalmente en una determinada sociedad. Esta concepción reduce al mínimo la exigencia de objetividad de la definición del Art. 16. Pero también es posible otra interpretación que, sin llegar a requerir una estricta objetividad (a descartar por lo dicho más arriba), aumente el grado de intersubjetividad necesario para la punición de la tentativa.

b) Esta otra interpretación emplearía el criterio manejado por la teoría de la adecuación y por la teoría de la imputación objetiva del juicio ex ante de una persona inteligente y prudente que contase con **los conocimientos de la situación que tuviera el autor más los que tendría dicha persona imaginaria**.⁸⁴ En el ejemplo propuesto de la pistola que se encasquilla, si una persona prudente habría detectado este fallo porque habría comprobado el estado del arma antes de usarla, habría que negar la existencia de adecuación objetiva (intersubjetiva) del intento y, por tanto, su punibilidad.

Pero esta versión más objetiva entraña dos dificultades.

a') La primera es que extiende un baremo pensado para la imputación de un resultado producido a un caso en cierta forma inverso, el de no producción del resultado pretendido, con la consecuencia de que aquí conduce a la impunidad de intentos que normalmente consideramos punibles.

Cuando en la tentativa hay un desconocimiento de un elemento que la hace fracasar se produce un error inverso al que se da en quien causa un resultado lesivo en un error de tipo. Cuando éste se da es en un

83. Cfr. Gracia Martín, RDPCP 1999 cit., pp. 351, 357.

84. Así, p. ej., Cerezo Mir, RDPCP 1988 cit., pp. 21 s. También parece favorable a este criterio Alcácer, tentativa inidónea cit., pp. 176 s., en relación con las críticas que dirige a las teorías que parten del conocimiento del hecho que tenía el autor: pp. 92 ss., aunque en la p. 173 parece dejar más abierta la cuestión de qué conocimientos deben tenerse en cuenta para la valoración intersubjetiva ex ante del intento.

sujeto que no quiere la lesión, y suponemos que si el autor hubiera advertido el error habría dejado de realizar la conducta lesiva. Entonces podemos decir que el error es imprudente, porque quien no quiere la lesión ha de hacer lo que haría una persona prudente para evitarla. En cambio, el desconocimiento de la inadecuación de una tentativa concurre en una persona que quiere la lesión, y hemos de suponer que si advirtiera el error subsanaría el defecto de su intento. Evitar el error de tipo supone evitar la lesión, mientras que, por el contrario, evitar el error inverso que se da en una tentativa inidónea significaría hacerla más adecuada para producir la lesión. La no evitación del error de tipo vencible se reprocha como causa de la no evitación de la lesión; al contrario, en la tentativa la no evitación del error inverso (desconocimiento del defecto) no puede reprocharse como causa del intento de lesión, porque este intento no procede del error, sino que éste es un obstáculo para el intento. La tentativa no puede desvalorarse por el desconocimiento del fallo que impide que se convierta en lesión, sino por algo distinto a la evitabilidad o inevitabilidad de este error inverso: por la intención de consumir el delito y, en un Derecho penal protector de bienes jurídicos, por la peligrosidad estadística del intento. Más adelante veremos que esta clase de peligrosidad es la única que puede concurrir en una tentativa, aunque sea idónea y puede concurrir en tentativas inadecuadas aunque su inadecuación fuera cognoscible (error vencible) por una persona prudente.

Consideremos los ejemplos siguientes de tentativas de matar disparando una pistola: 1) El sujeto elige una de dos pistolas al azar, sabiendo que sólo una está cargada y dejando que sea la suerte la que decida si es ésta la que ha cogido y podrá matar, o lo contrario, que es lo que finalmente comprueba cuando aprieta el gatillo y no sale ninguna bala; 2) el autor trata de disparar a su víctima con una vieja pistola sin haberla comprobado previamente, y no puede porque no funciona; 3) el sujeto confunde una pistola descargada con otra cargada, y sólo cuando aprieta el gatillo se da cuenta de que está descargada.

En todos estos casos una persona cuidadosa podría haber advertido la inadecuación de la pistola empleada, si ello hubiera sido posible sin renunciar al intento o sin que éste se hiciera mucho más difícil (como ocurriría si no hubiera tiempo para comprobar el arma y en caso de hacerlo escaparía la víctima o ésta podría usar otra arma, etc.). Pero dicha cognoscibilidad objetiva no obsta en absoluto a que actuar como lo hace el autor, usar el arma sin comprobarla, sea estadísticamente peligroso.

En el ejemplo 1) es peligroso estadísticamente tratar de disparar sobre alguien con una pistola pensando que tiene el 50% de posibilidades de estar cargada. En el ejemplo 2) ha de haber también peligro estadístico si no cabe excluir que la pistola funcione, y tanto si el sujeto cuenta con la posibilidad de que la pistola no funcione —porque aun así prueba suerte e intenta disparar por si funciona, de forma parecida a como ocurre en el

ejemplo 1)— como si está convencido de que funcionará —con mayor razón—. Y también es peligroso estadísticamente tratar de disparar con una pistola que se confunde con otra cargada, como sucede en el ejemplo 3), puesto que incluso hay más probabilidades que en el ejemplo 1) de que la pistola elegida sea la cargada: si tomando a ciegas, al azar, una de dos pistolas, cuando sólo una de ellas está cargada, hay un 50% de posibilidades estadísticas de coger la cargada, más posibilidades tendrá de elegir ésta quien conozca previamente las pistolas y quiere coger la cargada, aunque luego se confunda.

Es cierto, sin duda, que las posibilidades de evitar el fallo del intento de matar habrían sido mucho más altas si el autor hubiera comprobado el arma antes de usarla, como, de ser posible, habría hecho una persona más cuidadosa (y aquí más peligrosa). Pero usar la pistola sin comprobarla también es, en principio, estadísticamente peligroso — aunque lo sea menos.

b') La segunda dificultad procede de la exigencia legal de que los actos del sujeto «deberían producir el resultado» y no sólo podrían producirlo. Interpretada en un sentido objetivo, dicha exigencia excluiría todos los casos en que ex ante no es segura o, a lo sumo, muy probable la producción del resultado —aunque en sentido estricto el «deberían» exige seguridad, necesidad, cabe admitir que semánticamente permite incluir también casos de gran probabilidad, en los que lo normal o esperable sea la producción del resultado—. En el caso de la vieja pistola, habría que negar una tentativa punible. Como habría que hacer siempre que ex ante el plan del autor pueda fallar: el intento de matar a un Jefe de Estado abriéndose paso entre la multitud para dispararle de cerca no es fácil de realizar, puede ser frustrado si los agentes encargados de la seguridad del político lo advierten a tiempo, o simplemente si por las dificultades de la situación el disparo no se puede efectuar con precisión y sólo hiere a la víctima, etc.; los ladrones que planean robar un banco rodeado de grandes medidas de seguridad, pueden no conseguir su objetivo si no logran superar tales medidas, etc. En realidad, la mayor parte de los hechos que quedan en tentativa, y por tanto no llegan a la consumación, son casos en que ésta no era ni segura ni muy probable. Cuando la consumación es segura, el hecho no queda en tentativa, y cuando la consumación es lo más probable, también será menos probable que el hecho quede en tentativa. Interpretar el «deberían producir el resultado» del Art. 16 en el sentido de necesidad o gran probabilidad, siquiera ex ante, de producir el resultado, dejaría impunes la mayoría de los hechos castigados hasta ahora como tentativas idóneas.

c) Esta consecuencia puede evitarse si la expresión «deberían

producir el resultado» se interpreta, con arreglo a la concepción subjetivo-objetiva más arriba indicada, en el sentido de que los actos deberían producir el resultado según la intención del autor. Por de pronto, si consideramos suficiente que el intento sea viable a la vista del conocimiento y desconocimiento de la situación que tenga el autor —aunque deba valorarse con el conocimiento nomológico de un espectador medio—, podremos incluir en la definición legal de tentativa los casos en que, con los datos conocidos por el sujeto, cualquier persona juiciosa creería ex ante muy probable la consumación. Por ejemplo, si el sujeto dispara a quemarropa a la cabeza de la víctima con una pistola que cree cargada, cualquiera en su lugar pensaría que «debería producirse el resultado». Es cierto que quedan todavía los casos en que el propio sujeto no considere seguro ni lo más probable que su plan tenga éxito, pero de todos modos lo intenta. Pero también tales casos pueden incluirse en la definición del Art. 16 en la medida en que según lo deseado por el sujeto deberían producir el resultado. Para que ello tuviese la objetividad (intersubjetividad) que la fórmula legal requiere, podría considerarse suficiente que el deseo del autor no fuese irracional para una persona media (ello excluye la tentativa irracional y la supersticiosa).

Ahora bien, esta interpretación que parte solamente del conocimiento de la situación que tenga el autor, puede objetivarse más si la valoración que sobre esta base ha de hacer un espectador objetivo tiene en cuenta no sólo las leyes causales ordinarias (conocimiento nomológico) y las que especialmente conociera el autor, sino también la visión de la situación que tendría dicho observador objetivo. Cuando digo «visión de la situación» quiero decir «interpretación de la situación». Los hechos conocidos por el autor pueden interpretarse por él de forma distinta a como lo haría una persona prudente, sin que para ello necesite otros conocimientos fácticos que los que tiene el autor. Así, por ejemplo, en el ejemplo de la vieja pistola que se encasquilla podemos encontrar variantes en que una persona medianamente inteligente, aun sin haber comprobado el defecto, viendo sólo, igual como el autor, el estado de extremo deterioro de la pistola, puede considerarla absolutamente incapaz de funcionar. O, por variar de ejemplo, si los billetes que el ladrón encuentra en la caja son a todas luces falsos, una valoración objetiva ex ante debe descartar tentativa de hurto aunque el autor crea que los billetes son de curso legal, en la medida en que cualquier espectador medio, viendo los billetes como los ve el autor, advertiría su falsedad. En todos estos casos estamos suponiendo no sólo que el espectador imaginario podría interpretar correctamente la situación, sino que necesariamente lo haría. También suponemos que el autor no está en condiciones de interpretar de forma más certera la situación por razones especiales, pues si así fuera su mejor capacidad de juicio

debería tenerse en cuenta como sus conocimientos especiales.⁸⁵

d) Es cierto, en cualquier caso, que el verbo «deberían» tiene consecuencias que probablemente no fueron previstas por el legislador y que no habría tenido el verbo podrían. Aparte de las señaladas, hay otra de importancia: de hecho cierra las puertas a la tentativa con dolo eventual, en que el sujeto no desea el resultado (no hay dolo directo de primer grado), ni lo considera seguro o prácticamente seguro (no hay dolo directo de segundo grado), por lo menos cuando ni siquiera espera como lo más probable que se produzca el resultado, sino que se limita a aceptarlo como posible, tal vez incluso prefiriendo que no tenga lugar. No veo la forma de decir que en estos casos «debería producirse el resultado»: ni objetivamente ni para el autor, ni para nadie situado en su posición.⁸⁶

Conclusiones parciales:

1) La actual redacción de la definición de tentativa del Art. 16 CP impide tanto una concepción estrictamente subjetiva, como otra estrictamente objetiva (ex post).

2) «Actos que objetivamente deberían producir el resultado» es una expresión que ha de interpretarse en el sentido intersubjetivo de actos que para cualquier persona juiciosa, situada ex ante en la posición del autor, deberían producir el resultado.

3) Dicho observador ideal debe valorar la viabilidad del intento con arreglo a su interpretación de los hechos y a los conocimientos nomológicos ordinarios, pero ha de contemplar el intento con los solos datos de la situación que conoce el autor, si no se quiere dejar sin castigo todos los casos en que objetivamente no es seguro ni muy probable que el intento produzca el resultado.

4) De las conclusiones anteriores se desprende que no caben en la definición de tentativa del Art. 16 CP la irreal ni la supersticiosa, mientras que sí son punibles las demás tentativas inidóneas, según el concepto usual de tentativa inidónea.

85. La introducción de la interpretación de los hechos que haría un espectador medio (salvo casos de especial capacidad del autor para valorar la situación) puede mediar en la distinción de conocimientos ontológicos y conocimientos nomológicos, cuya dificultad en casos límite ha sido puesta de manifiesto por la doctrina: ver, por todos, en sentido crítico frente a dicha distinción Alcácer, *Tentativa inidónea* cit., pp. 85 ss.

86. Sobre esta consecuencia Luzón Peña, *Curso* cit., p. 428, aunque cree posible una interpretación amplia que diera cabida al dolo eventual, «entendiendo que, en caso de realizarse la eventualidad aceptada (en caso de concretarse el peligro en dirección lesiva), deberían producir como resultado el delito».

4. Esta última afirmación remite a la segunda de las cuestiones que plantea el debate existente en España acerca de la punibilidad de la tentativa inidónea. Como hemos adelantado desde un principio, existe en la doctrina española un sector encabezado por Cerezo Mir que maneja un concepto de tentativa inidónea distinto al usual. Mientras que la doctrina dominante considera inidónea toda tentativa que ex post se demuestra que era incapaz desde un principio de llegar a la consumación, ya sea por inidoneidad de los medios, por inexistencia o ausencia del objeto, o —esto es más discutido— por inidoneidad del autor,⁸⁷ Cerezo ~~Maneja~~ maneja una tentativa inidónea a la que aparece como tal ex ante desde la posición del autor. Un ejemplo sirvió en su momento para distinguir ambos conceptos de tentativa inidónea: el de quien dispara sobre la cama en que cree está durmiendo su enemigo, cuando en realidad sólo hay un bulto que simula una forma humana, pero de modo que ex ante, desde la posición del autor cualquiera podría haber tomado dicho bulto por una persona. Es éste un caso paradigmático de lo que la doctrina dominante considera una tentativa inidónea por ausencia del objeto —los casos de ausencia o inexistencia de objeto se consideran los casos más claros de inidoneidad, y para quienes distinguen entre inidoneidad absoluta e idoneidad relativa son supuestos de inidoneidad absoluta—. Sin embargo, para Cerezo Mir éste es un ejemplo de tentativa idónea, porque ex ante la falta de objeto no era objetivamente cognoscible o era muy improbable.⁸⁸ Cerezo equipara «tentativa idónea» a «tentativa peligrosa ex ante»:

«Si la inexistencia, o falta de presencia del objeto, no era objetivamente cognoscible ex ante, o aparece ex ante como absolutamente improbable (el cepillo, la cartera o la caja de caudales están vacíos; la persona contra la que se dispara acaba de fallecer de un ataque al corazón, o ha colocado una almohada o un bulto en el lugar que ocupaba; el feto estaba muerto, o la mujer no estaba, en realidad, embarazada) la acción era peligrosa, aunque ningún bien jurídico haya corrido peligro. Son supuestos de tentativa idónea o peligrosa».⁸⁹

La razón que lleva a Cerezo a sostener esta concepción ex ante

87. Cfr. Mir Puig, Derecho penal, Parte General, 5ª ed., L 13/81, p. 346. Admite que este concepto de tentativa inidónea es el más usual, y considera útil su manejo porque permite "acentuar el carácter de excepción de la punición de conductas "inidóneas". Alcácer, Tentativa inidónea cit., pp. 11, 13 s.

88. Ver la discusión sobre este ejemplo en Mir Puig, El Derecho penal en el Estado social y democrático de Derecho, 1994, p. 64, nota 95, y Cerezo Mir, Curso de Derecho penal español, Parte general, I, 2ª ed., 1981, p. 449, nota 140, y 3ª ed., 1985, p. 366, nota 139. Gracia Martín, Política criminal y dogmática jurídico-penal del proceso de reforma penal de España, en Actualidad Penal, n.º 18 (1994, pp. 351 ss. se manifestó a favor del concepto de tentativa inidónea manejado por Cerezo. 89. Cfr. Cerezo Mir, RDPC, 1998, cit., p. 22. En el mismo sentido, defendiendo también este concepto de tentativa inidónea como equivalente a tentativa no peligrosa ex ante desde la posición del autor Farré Trepal, La tentativa de delito, 1986, pp. 394 ss., pero reconoce que dicho concepto se aparta del usual (pp. 399, 402 s.). Aunque también Roxin, op. cit., p. 267, define la tentativa idónea acudiendo también al criterio ex ante manejado por la teoría de la adecuación y de la imputación objetiva, parece que usa el concepto de tentativa inidónea en el sentido tradicional, puesto que Roxin considera tentativa inidónea lanzar una bomba que no estalla a consecuencia de «un error de construcción desconocido por el autor —aunque reconocible» (p. 262, la cursiva es mía). Como diré más abajo en el texto, también yo creo que la inidoneidad ha de determinarse por un juicio ex ante, pero basado no sólo en los conocimientos que tenía el autor, sino también en todos los que alguien tenía o hubiera podido tener, aunque esto sólo se compruebe con posterioridad (sólo en este sentido hablo aquí de una consideración ex post).

de la tentativa inidónea es que «ex post toda tentativa es inidónea».⁹⁰ Estoy de acuerdo en que todo juicio de peligro supone un pronóstico ex ante y en que ex post toda tentativa que no logra el resultado se ha demostrado incapaz de producirlo. Pero es lógicamente posible retrotraer el juicio de peligro al momento de inicio de la tentativa (ex ante) pero teniendo en cuenta todos los elementos de la situación que luego, ex post, se demuestra que alguna persona hubiera podido conocer ex ante. En el ejemplo del bulto en la cama, cabe preguntar si una persona media consideraría peligroso ex ante el disparar sobre el bulto sabiendo lo que luego se descubre, que no había nadie en la cama. De hecho, el que había simulado el bulto lo sabía ex ante, y también otras personas podían saberlo. No es contradictorio admitir que el juicio de peligro siempre ha de ser ex ante y al mismo tiempo introducir en la base de dicho juicio elementos desconocidos por el autor pero conocidos o cognoscibles por otros ex ante. Puede decirse sin contradicción que, mientras para quien desconociese la ausencia de la víctima era peligroso ex ante disparar sobre el bulto, para quien supiese que sólo había un bulto no era ex ante peligroso disparar sobre él. Y lo que hace la doctrina dominante al hablar de tentativa inidónea es preguntar si, sabiendo todo lo que se conoce ex post y se podía haber sabido ex ante, una persona prudente habría considerado ex ante idóneo (peligrosa) o no el plan de ejecución. En los casos de falta o ausencia de objeto cualquiera que las conociese ex ante juzgaría ex ante inidóneo cualquier plan dirigido a lesionarlo.

Nótese que he dicho que para juzgar la idoneidad o inidoneidad de una tentativa ex ante cabe incluir en la base del juicio todos los conocimientos obtenidos ex post que alguien hubiera podido tener ex ante⁹¹. Esto es esencial para que sea posible evitar la conclusión de que por tal procedimiento habría que llegar a afirmar que todas las tentativas son inidóneas. Las llamadas tentativas idóneas fallan por algún factor que no era cognoscible ex ante. Por ejemplo, que el disparo no haya dado en la víctima porque estaba ligeramente mal orientado, no es algo que pudiera saberse ex ante, al ir a disparar; ni tampoco podía saberse que el golpe de viento súbito desviaría la flecha que salió bien dirigida.

Ahora bien, es cierto que sólo es posible hablar de tentativas idóneas por las limitaciones actuales del conocimiento humano. Si el estado de la ciencia permitiese conocer de antemano todos los elementos que pueden impedir que una tentativa acabe en consumación, dejaría de tener sentido distinguir entre tentativa idónea y tentativa inidónea. El juicio de

90. Cfr. *Ibidem*, pp. 21 y 22.

91. En el ejemplo del que dispara sobre una cama creyendo que en ella está durmiendo una persona cuando sólo hay un bulto simulado una figura humana es evidente que alguien hubiera podido saber esta circunstancia. No sólo es evidente que alguien lo sabía, la persona que había simulado el bulto, sino que también el que dispara podía haber comprobado qué es lo que había en la cama. Por ello, no me parece válida la objeción que me dirige Gracia Martín, AP cit., p. 352, según la cual en este ejemplo se comprueba que yo sólo adopto un punto de vista ex post, y no ex ante, cuando tengo en cuenta para afirmar la inidoneidad de la tentativa el dato de que en la cama no había ninguna persona, porque, según dicho autor, esto no era cognoscible ex ante por un espectador objetivo, sino sólo ex post.

peligro ex ante que partiese de todos los conocimientos posibles ex ante concluiría siempre en la inidoneidad de toda tentativa.

Siendo así, cabe ciertamente plantear la cuestión de si tiene mucho sentido mantener la distinción entre tentativa idónea y tentativa inidónea. Como he dicho más arriba, en un sentido estrictamente objetivo si un intento falla es porque algo había en él (incluido su contexto) que había de hacerlo fallar. Si podemos seguir hablando de tentativas idóneas es sólo en el sentido intersubjetivo de que hoy por hoy nadie puede ver en ellas ex ante la incapacidad de éxito que luego se manifiesta. Y si tampoco este criterio intersubjetivo basado en todos los conocimientos posibles para alguien puede decidir la impunidad de la tentativa inidónea que aparezca como viable a la vista de los datos conocidos por el autor, ¿sirve para algo distinguir entre tentativa idónea y tentativa inidónea? ⁹²

5. Al resumir el estado de la cuestión de la punibilidad de la tentativa inidónea en el nuevo Código penal, al inicio de este trabajo, señalamos que un sector doctrinal sigue utilizando la distinción entre tentativa absolutamente inidónea y tentativa relativamente inidónea para considerar que la primera es impune en el Código actual, mientras que no lo es la segunda. ⁹³ Se entiende por tentativa absolutamente inidónea la que no sólo era incapaz de producir la consumación en el caso concreto, sino también en cualquier otra circunstancia, mientras que se considera sólo relativamente inidónea la tentativa que en otras circunstancias no habría sido inidónea. Como ejemplo paradigmático de tentativa absolutamente inidónea se menciona el caso de inexistencia de objeto: así, el intento de matar a un cadáver. Pero también serían casos de absoluta inidoneidad aquéllos en que el medio empleado es completamente inadecuado en cualquier circunstancia. No lo sería el uso de una cantidad insuficiente de veneno, el ejemplo de tentativa sólo relativamente inidónea que se propone tal vez con más frecuencia. ⁹⁴

Creo que tiene razón la doctrina dominante al haber abandonado esta distinción. Contemplado en concreto, todo intento inidóneo lo seguirá

92. Se inclina por rechazar la utilidad de la distinción Farré Trepal, Consideraciones cit., p. 278. A su juicio, el criterio de distinción según el cual son inidóneas las tentativas que ya desde un primer momento son incapaces de lesión, mientras que son idóneas aquellas que fallan por circunstancias posteriores no puede explicar por qué se suele considerar idónea la tentativa cuando el ángulo de tiro de la pistola se encuentra desviado (ibidem, nota 30). Si se incluyen en este supuesto sólo los casos en que la desviación del ángulo de tiro sea un defecto del arma, hay que decir que desde luego puede dar lugar a tentativa inidónea si el defecto es importante y la víctima está lejos, pero que no siempre hará imposible ex ante dar en el blanco, porque puede ser una desviación pequeña o insuficiente, teniendo en cuenta que tal vez pueda compensar la mala orientación del disparo por parte del mal tirador. Por otra parte, si se incluyen también los casos en que el desvío del ángulo de tiro no se debe a defecto del arma, sino a una mala orientación de la misma por el tirador, según el criterio que a mi juicio mejor explica el uso corriente del concepto de tentativa inidónea, habría que distinguir en este caso según que o concurriese desde el principio de la ejecución o fuese posterior. Generalmente será posterior, porque habrá que considerar que la ejecución empieza ya al sacar la pistola con ánimo de disparar o por lo menos al apuntar, y entonces cabe decir que al empezar la ejecución, antes de disparar, era posible que la dirección del disparo hubiera sido la correcta (tentativa idónea).

93. Defendió esta posición ya con el anterior Código González Cussac, Principio de ofensividad, aplicación del derecho y reforma penal, en Poder Judicial, nº 28 (1992), pp. 22 ss., aunque introduciendo un matiz fundamental: cree que la tentativa relativamente inidónea supone una peligrosidad abstracta que ha de juzgarse ex ante. Ello se aproxima al concepto de peligrosidad estadística que defiende en el texto. Respecto al nuevo CP ver los autores citados supra, nota 6.

94. En la doctrina española clásica cfr., por ej., Antón Oneca, Derecho penal, 1949, 2ª ed. 1986, pp. 447 ss.

siendo siempre que se den todas las circunstancias que lo hacen inidóneo. Así, echar una cantidad insuficiente de veneno será siempre inidóneo cuando la víctima tenga la misma resistencia física. Para poder decir que en otras circunstancias el veneno podría matar, hay que variar las circunstancias del caso de tal modo que ya no se trataría de la misma clase de casos: hay que imaginar una víctima menos resistente, o que el sujeto emplease más cantidad de veneno, etc. Y aun admitiendo que esto tuviera sentido, no sabríamos qué circunstancias modificar y cuáles mantener ⁹⁵. Como dice Farré Trepas, «la conclusión será distinta si se examina la conducta «disparar con una pistola» en lugar de «disparar con una pistola descargada»; o bien «disparar con una pistola cargada», en lugar de «disparar con una pistola cargada a una distancia excesiva para su alcance».⁹⁶ En realidad, si hacemos abstracción de todas las circunstancias que determinan la inidoneidad, toda tentativa, incluso la irreal, se convertiría en idónea. En el caso extremo del que intenta envenenar con azúcar, si hacemos abstracción del azúcar y nos quedamos sólo con el «intento de envenenar», podríamos decir que en otros casos (si se emplease un verdadero veneno) podría ser idónea.

O sea: en concreto ninguna tentativa inidónea puede producir la consumación, y en abstracto toda tentativa inidónea podría producirla. ⁹⁷

En cualquier caso, la definición de tentativa del Art. 16 CP no contiene ningún elemento que aconseje la distinción entre tentativa absolutamente inidónea y tentativa relativamente inidónea. Desde luego, la expresión «actos que objetivamente deberían producir el resultado» no adopta un punto de vista abstracto o genérico, puesto que no se refiere a actos que en otros casos deberían producir el resultado.

II

Las consideraciones efectuadas hasta aquí han tenido por objeto la cuestión de si en el Código Penal español de 1995 sigue siendo o no punible la tentativa inidónea. Hemos llegado a la conclusión de que la respuesta ha de ser afirmativa si se maneja el concepto habitual de tentativa inidónea, a excepción de los casos de tentativa irreal y tentativa supersticiosa. No distingue el Art. 16 CP entre tentativas absolutamente inidóneas y relativamente inidóneas. Pero queda por examinar la cuestión político-criminal de si la punibilidad de la tentativa inidónea no irreal ni supersticiosa puede fundarse en la existencia de peligro.

95. Así Silva Sánchez, *El nuevo Código...* cit., p. 133, nota 343.

96. Cfr. Farré Trepas, *Consideraciones cit.*, p. 272, nota 25. También Sola Reche, *Tentativa inidónea cit.*, p. 19; Baccigalupo, *Principios cit.*, pp. 341 s.

97. De acuerdo Alcácer, *Tentativa inidónea*, p. 138.

1. ¿Es la admisión de la punibilidad de tentativas inidóneas una vulneración del principio de lesividad u ofensividad, según el cual sólo merecen castigarse hechos que lesionen o pongan en peligro un bien jurídico-penal? ¿Puede decirse que una tentativa inidónea pueda poner realmente en peligro a un bien jurídico-penal?

Es evidente que un intento inidóneo nunca puede alcanzar su objetivo, pero también es cierto —como hemos indicado más arriba— que toda tentativa que queda en tal ha demostrado también su incapacidad para determinar la consumación. Si cuando la tentativa es idónea decimos que supone una puesta en peligro de un bien jurídico-penal, es porque el concepto de peligro no implica la posibilidad real y concreta (empírica y no sólo estadística) de producción de una lesión, sino sólo la apariencia ex ante de dicha posibilidad.⁹⁸ Sólo cuando al peligro sigue la lesión se habrá confirmado la posibilidad real y concreta de dicha lesión, porque sólo entonces se habrá demostrado que concurrían en el hecho todas las condiciones necesarias para que la lesión fuera posible. Pero si la lesión se produce dejaremos de hablar de peligro para hablar de lesión. Es cuando la lesión no se produce cuando decimos que sólo hubo peligro. Y es pensando en esta posibilidad cuando contraponemos a la lesión la puesta en peligro. En esta contraposición, la puesta en peligro no sólo no implica la posibilidad real y concreta de lesión, sino que presupone la ausencia de lesión y, por tanto, de su real y concreta posibilidad. Aquí el juicio de peligro significa sólo apariencia ex ante de la posibilidad de una lesión.

Es verdad que dicha apariencia sólo existe en la tentativa inidónea (no irreal ni supersticiosa) para el autor y para quien tenga el conocimiento de la situación que tiene el autor, mientras que no existiría para quien conociese todo lo cognoscible ex ante, a diferencia de lo que ocurre en la tentativa idónea, en la cual la apariencia de la posibilidad del resultado existe ex ante también para el observador que conoce todo lo cognoscible entonces. Pero, si en todo caso se trata de meras apariencias, ¿por qué habría que dar mayor relevancia a la apariencia que tendría el que conocía

98. Alcácer, *Tentativa inidónea cit.*, pp. 198 ss., ha profundizado en el análisis del concepto de peligro sirviéndose admirablemente de la distinción del filósofo Searle entre "hechos brutos" (existentes con independencia de los seres humanos) y "hechos sociales" (construidos intersubjetivamente), para concluir, a mi juicio, de forma convincente, que el "peligro" es un hecho social, no una realidad independiente del ser humano, sino un juicio que efectúa un observador, aunque sea intersubjetivamente comunicable (compartible) y, sólo en este sentido, objetivo. Este juicio de peligro expresa un cálculo de probabilidad de un resultado basado en determinados conocimientos de una situación, pero también, necesariamente, en el desconocimiento de algún aspecto de dicha situación. Tal cálculo depende, entonces, del momento en que se efectúe y de los datos que se conozcan en ese momento por el observador que emite el juicio. Por ello, quien sólo ve que alguien va a disparar sobre otra persona que se encuentra cerca del primero, dirá que la conducta de éste es peligrosa, aunque a continuación resulte que el arma se encasquilla y la bala no puede salir. El peligro no es un estado de efectiva posibilidad ontológica de un resultado, sino un juicio de pronóstico que puede no corresponderse con dicha efectiva posibilidad. El juicio de que existe peligro sólo requiere una apariencia de la posibilidad ontológica de que algo ocurra. La apariencia de esta posibilidad permite afirmar un verdadero peligro (no sólo un peligro aparente). Ahora bien—y ésta es una reflexión mía—, mientras que la afirmación de un peligro presupone cierto desconocimiento, la negación de peligro puede basarse en el completo conocimiento de la situación: cuando este conocimiento pone de manifiesto que no es posible en absoluto que se produzca un determinado mal, decimos que no hay peligro. Cuando vemos que la tentativa ha fallado, ex post, podemos decir que, si hubiéramos sabido la evolución de los cursos causales que han confluído para que fallase el intento, habríamos dicho que no existía peligro alguno; en este sentido hay que entender el uso retrospectivo del término peligro que a veces se hace: situándonos imaginariamente en un momento anterior (p. Ej., anterior al fallo de una tentativa) pero sabiendo todo lo que ocurriría. A la misma conclusión de ausencia de peligro llegaría un espectador omnisciente situado ex ante. Para él ninguna tentativa que queda en tal (no llega a la consumación) era peligrosa. No es éste el sentido en que se usa el término peligro en el texto, sino en el sentido de juicio de pronóstico ex ante, desde la posición del autor, que parte del desconocimiento de ciertos elementos de la situación.

todo lo cognoscible si de lo que se trata es de valorar el intento de una persona que no conocía todo esto? No hay que olvidar que en la tentativa castigamos precisamente un intento fallido. Lo único necesario es que dicho intento no sólo exista en la mente del autor, que no se trate sólo de que él crea intentar, sino que intersubjetivamente («objetivamente») pueda hablarse de intento, y para ello basta que una persona razonable situado en la posición del autor no considere irracional el intento.

2. Ahora bien, si el peligro que queda en todo intento fallido es sólo apariencia ex ante de la posibilidad de lesión, y si entonces el bien jurídico-penal atacado con la tentativa nunca (tanto si la tentativa es idónea, como si es inidónea, y tanto si es absolutamente inidónea como si sólo lo es relativamente) pudo realmente resultar lesionado en el caso concreto, la pregunta que se plantea es si es necesario castigar tentativa alguna para proteger bienes jurídico-penales.

Desde luego, desde mi punto de vista, toda norma que pretenda evitar la lesión de un bien jurídico-penal habrá de dirigirse a sus destinatarios antes de que éstos hayan realizado la conducta que puede producir la lesión: ex ante. El mensaje normativo no puede esperar a que se haya producido la conducta lesiva, puesto que entonces llegaría demasiado tarde. Si la norma quiere evitar homicidios, tiene que dirigirse a quien va a realizar la acción homicida sin esperar a que produzca el resultado de muerte: tiene que prohibirle que realice toda conducta capaz de matar. Y el destinatario de la norma infringirá subjetivamente dicha norma, desobedecerá el imperativo, siempre que él crea estar realizando una acción capaz de producir la muerte.

Sin embargo, la infracción subjetiva de la norma no es suficiente para afirmar una infracción objetiva de la misma. Si el legislador decidiese no prohibir la tentativa, sino sólo la consumación, el sujeto que la intentase sin éxito habría podido suponer que infringía la norma que le prohibía realizar acciones homicidas, si él creía realizar una de estas acciones⁹⁹; pero su creencia subjetiva no se correspondería con la realidad, puesto que de hecho no habría efectuado una acción verdaderamente homicida.

La cuestión es, entonces, si el legislador ha de prohibir o no bajo pena no sólo la consumación, sino también la tentativa. En un Derecho penal que trate de proteger bienes jurídico-penales ello depende de si la prohibición penal de la tentativa aumenta o no la protección de estos bienes. Pues bien, aunque ninguna tentativa que queda en tal podía realmente lesionar el bien jurídico-penal correspondiente, hay que admitir que la prohibición bajo pena de la tentativa puede contribuir a disuadir de emprender acciones que puedan efectivamente acabar lesionando el bien

99. Ello no ocurre en toda tentativa. Por supuesto no ocurre cuando la tentativa es inacabada y el sujeto lo sabe, y tampoco en la tentativa acabada cuando el autor es consciente de que no es seguro que el intento produzca la consumación.

jurídico-penal.

A primera vista cabría pensar que la prohibición penal de la tentativa no añade ninguna motivación adicional a la evitación de la consumación que no suponga la sola conminación penal de esta consumación. Cabría pensar que, puesto que el autor de la tentativa busca con ella la consumación, basta que se castigue ésta para disuadirle de aquélla. Pero esto sólo sería correcto cuando el autor considerase completamente seguro que su intento iba a producir la consumación. En los demás casos, si no se castigase la tentativa, el autor podría hacerse el siguiente razonamiento: «si logro la consumación, que es lo que deseo, puedo ser castigado, pero al menos habré conseguido lo que quería; y si mi intento no tiene éxito, al menos sé que tampoco me pueden castigar». Piénsese, por ejemplo, en el que especula con la posibilidad de robar una gran cantidad de dinero que puede resolver su vida. Si consigue hacerse con esta suma, puede incluso asumir el riesgo de un tiempo en la cárcel, a cambio de poder disfrutar cuando salga del dinero previamente ocultado. En cambio, el castigo de la tentativa puede ser un elemento más de disuasión, tanto más cuanto más insegura sea la consecución de la consumación. El autor puede decirse: «no sólo corro el riesgo de ir a la cárcel si consigo mi objetivo, sino que lo peor es que puedo no sacar nada del intento y encima ser castigado». Y ello es válido tanto para la tentativa idónea como para la inidónea, puesto que el autor ha de incluir entre los factores que pueden malograr su intento los posibles errores en que pueda incurrir y que hagan inidóneo su plan.¹⁰⁰

3. La tentativa, sea idónea o inidónea, no ha producido la consumación porque tal como se llevó a cabo, no podía producirla habida cuenta de todas las circunstancias del caso concreto. Pero ello no significa que no haya puesto en peligro el bien jurídico atacado, salvo que la tentativa sea irreal o supersticiosa, porque el peligro exige sólo una apariencia intersubjetiva ex ante de la posibilidad de lesión. Esto es lo que he razonado más arriba, en el apartado II, 1..Ahora voy a comparar el peligro que supone la tentativa no irreal o supersticiosa y el propio de los delitos de peligro consumados.

A) La tentativa idónea crea la misma clase de peligro que un delito de peligro concreto.

Como es sabido, éste requiere una acción que haya puesto en peligro un bien jurídico concreto. Generalmente esto se expresa diciendo que el delito de peligro concreto no sólo requiere una conducta peligrosa,

100. Silva Sánchez, *El nuevo Código...* cit., p. 132, nota 338, afirma: «es preciso subrayar que, desde una perspectiva de análisis económico, la punición de la tentativa inidónea introduce costes adicionales a los de la punición de la consumación y de la tentativa idónea, de modo que todavía hace más antieconómica la decisión delictiva. La sanción de la tentativa inidónea es, pues, eficiente».

sino también un resultado de peligro. Esta expresión no puede entenderse en el sentido de que, a diferencia de lo que ocurre en los delitos de peligro abstracto, en los de peligro concreto no sólo ha de existir una apariencia de peligro, sino que ha de resultar un verdadero peligro. Para el peligro basta la apariencia de la posibilidad de lesión, y tan verdadero es en este sentido el peligro que exigimos en el delito de peligro concreto, como el que basta para el delito de peligro abstracto. También en éste ha de resultar (se ha de producir) efectivamente la conducta peligrosa. Ahora bien, es cierto que los delitos de peligro concreto requieren un resultado separado de la conducta: un resultado de proximidad empírica de la conducta peligrosa respecto a un bien jurídico-penal concreto.¹⁰¹ Es lo que Welzel explicó al requerir en los delitos de peligro concreto que un concreto bien jurídico entre en el «radio de eficacia de la acción».¹⁰² Pero también el peligro existente para dicho bien jurídico ha de decidirse desde una perspectiva ex ante.¹⁰³

En la tentativa idónea ocurre lo que también sucede en los delitos de peligro concreto: se realiza una conducta peligrosa ex ante para un bien jurídico-penal concreto que se encuentra en el radio de posible eficacia (ex ante) de aquella conducta.¹⁰⁴

Esto no significa que no puedan encontrarse otras diferencias entre la tentativa idónea y los delitos de peligro concreto tipificados especialmente. Así sucede si para que concurra en éstos el resultado de peligro se exigen los elementos que un sector de la doctrina alemana requiere, como la imposibilidad de dominar el curso del peligro, que el resultado no se haya producido por azar y que el peligro sea inminente.¹⁰⁵

Estas exigencias, que tienen el sentido de requerir mayor intensidad en el peligro, no son necesarias en la tentativa porque en ésta concurre voluntad de producir la lesión típica (si se trata de un delito de lesión), y ésta supone un factor de peligrosidad del hecho que no concurre en los delitos de peligro concreto. Así, requerir que en un delito de peligro concreto el hecho haya escapado al control del sujeto tiene sentido porque se parte de que éste no quiere producir la lesión y, por tanto, tratará de evitarla si mantiene el control del hecho; en cambio, que el autor de la tentativa controle el hecho no disminuye las posibilidades de que se produzca la lesión, sino que en principio las aumenta, puesto que el sujeto utilizará

101. Cfr. Mir Puig, *Derecho penal*, 5º ed. cit., L 9/63, pp. 209 s.

102. Cfr. Welzel, *El nuevo sistema del Derecho penal*, 1964, p. 77. Acoge esta expresión Gracia Martín, *RDPCP 1999 cit.*, p. 346. Habla, de forma parecida, de «radio de acción de la conducta» Cerezo Mir, *Curso de Derecho penal*, II, 6º ed., p. 114, y *RDPCP 1998 cit.*, p. 21.

103. Insiste con razón en ello Gracia Martín, *RDPCP 1999 cit.*, p. 346.

104. Cuestión distinta es si la tentativa idónea exige la misma cantidad de peligro que el delito de peligro concreto. Es esto, a mi juicio, lo que niega Roxin, *op. cit.*, p. 261, por entender que en el delito de peligro concreto «el resultado sólo queda sin producirse por una casualidad, mientras que en la tentativa inidónea la frustración puede deberse a acciones de defensa previstas en el plan». Pero esta posible diferencia cuantitativa no impide una coincidencia cualitativa entre la tentativa idónea y el delito de peligro concreto: en ambos hay un bien jurídico-penal cercano a la conducta peligrosa. Esto es lo que debe tener presente Roxin cuando, pese a la diferencia apuntada, afirma que la tentativa idónea supone «un hecho penal de puesta en peligro sui generis, parecido a un delito de peligro concreto» (*op. cit.*, p. 261, la cursiva es mía).

105. Cfr. Alcácer, *Tentativa inidónea cit.*, pp. 187 ss., que en base a ello entiende que existe una diferencia estructural entre la tentativa y los delitos de peligro concreto.

aquí su control para conseguir la lesión. Es decir: mientras que en los delitos de peligro concreto tipificados especialmente el mantenimiento del control del hecho por el sujeto disminuye el peligro del mismo, en la tentativa dicho control aumenta su peligrosidad. Podríamos seguir argumentando en esta línea para explicar que en la tentativa no sea necesario exigir otras de las notas que puedan considerarse necesarias para asegurar una suficiente intensidad del peligro en los delitos de peligro concreto.

B) El tipo objetivo de la tentativa inidónea tiene, en cambio, la estructura del tipo objetivo de un delito de peligro abstracto.¹⁰⁶

Ello es evidente en los casos de inexistencia o ausencia del objeto de la acción (como cuando queriendo matar a una persona se dispara sobre un cadáver, o cuando la persona a la que se quería matar incendiando su casa estaba ausente en aquel momento). Como en todo delito de peligro abstracto, basta aquí la peligrosidad ex ante de la conducta, y es evidente que el bien jurídico-penal que se pretendía lesionar no ha resultado próximo a aquella conducta.¹⁰⁷ Cuando la tentativa inidónea se refiere a un bien jurídico presente puede decirse que resulta próxima a éste, pero no por ello supone la clase de peligro concreto que requieren los delitos de peligro concreto y que falta cuando la conducta se demuestra inidónea para producir el resultado.

La razón última para el castigo de la tentativa inidónea es la misma que la que ha llevado a castigar delitos de peligro abstracto como la conducción bajo el efecto de bebidas alcohólicas u otras drogas. Aunque también se discute la conveniencia de tipificar conductas como ésta, es innegable que su incriminación trata de disminuir el número de muertes y otras lesiones graves que se producen en el tráfico a consecuencia del alcohol. Es obvio que si nadie condujera en estas condiciones no se produciría ninguno de estos accidentes. Hay una relación estadística abrumadora entre consumo de alcohol y accidentes de tránsito. Aunque en el caso concreto resulte (ex post) que ninguna persona concreta haya entrado en el «radio de acción» de la conducción bajo el efecto del alcohol, esta clase de conducción entraña un peligro estadístico muy relevante. También la tentativa inidónea no irreal ni supersticiosa, además de suponer peligro ex ante en el caso

106. Es evidente, en cambio, que el tipo subjetivo es distinto en ambas figuras, como acertadamente señala Alcácer, *Tentativa inidónea cit.*, p. 228, como también tiene razón este autor al hacer la reserva de que la coincidencia básica de los tipos objetivos de la tentativa inidónea y de los delitos de peligro abstractos existirá sólo si se admite que también en éstos hay que exigir la presencia de peligro ex ante de la conducta.

107. Sin embargo, los delitos de peligro abstracto no excluyen la posibilidad de que la conducta realmente resulte próxima a la lesión de un bien jurídico concreto ni tampoco la de que acabe lesionando un bien jurídico —aunque la ley puede disponer que en tales casos deje de castigarse el delito de peligro abstracto y se castigue sólo el de peligro concreto o de lesión, como hace el Art. 383 CP en materia de delitos contra la seguridad del tráfico para el caso de que se haya llegado a producir un delito de lesión de mayor gravedad—, sino que no exigen dicho resultado. En cambio, la tentativa inidónea excluye conceptualmente la puesta en peligro concreta que requieren los delitos de peligro concreto (una tentativa sólo produce este resultado cuando es idónea) y, desde luego, nunca puede determinar la lesión del bien jurídico —aunque esto último también vale para la tentativa idónea en sentido estricto, esto es, la que no va seguida de consumación.

concreto, pertenece a una clase de conductas que estadísticamente muestran una alta frecuencia de lesividad y que, en este sentido, son estadísticamente peligrosas.¹⁰⁸

El intento que resulta inidóneo a causa de un error o fallo circunstancial, habría tenido éxito en otras circunstancias. Muchas veces el error o fallo responderá a una casualidad difícilmente repetible. El arma del terrorista de comprobada eficacia letal se encasquilla cuando está a un palmo de la nuca de la víctima, que salva su vida de milagro; se comprueba que ello se debió a una circunstancia del arma ya concurrente desde el inicio de la tentativa. La policía ve desde un helicóptero cómo unos ladrones entran a robar con máscaras y armas una joyería, lo que permite esperarles a la salida sin dejarles ninguna posibilidad de disponer del botín (sin disponibilidad no hay consumación); ha sido una casualidad que la policía descubriera a tiempo el atraco. Alguien intenta dar muerte a otro vertiendo en una bebida una sustancia que encuentra dentro de un recipiente destinado a contener veneno, pero que casualmente no lo era; o le suministra una dosis letal de una medicina que le han vendido en la farmacia antes de la fecha de caducidad pero que, por defecto de etiquetación, había perdido su eficacia. La pistola había sido cargada hacía

108. De lo que sigue en el texto se advertirá que no uso el concepto de peligro estadístico para obviar la necesidad de exigir que en el caso concreto exista verdadero peligro ex ante para una persona prudente situada en la posición del autor –el peligro intersubjetivo que, según he dicho más arriba, exige la redacción del actual Art. 16 CP-. No creo, pues, que me alcancen las críticas que justificadamente dirige Alcácer, *Tentativa inidónea cit.*, pp. 231 ss., al concepto de peligrosidad estadística cuando se requiere en lugar del concreto peligro ex ante de la conducta. Si utilizo el concepto de peligrosidad estadística no lo hago en el sentido de que no requiera peligro (ex ante) en el caso concreto, sino en el sentido de que además supone plena lesividad en otros muchos casos (también podría hablar de "lesividad estadística"). Ello puede y debe ser tenido en cuenta por el legislador a la hora de decidir si castiga o no la tentativa, que entonces se presenta no sólo como apariencia ex ante de posibilidad de una lesión determinada –posibilidad que ex post se demuestra inexistente –sino como conducta perteneciente a un conjunto de conductas que estadísticamente producen con frecuencia aquella clase de lesión. El problema global que ello supone para un Derecho penal que trate de controlar todo este conjunto de lesiones se pone de manifiesto en conductas como la conducción bajo el efecto de alcohol u otras drogas: si queremos disminuir el número global de lesiones producidas por esta clase de conductas, lo conseguiremos más fácilmente castigando no sólo las que efectivamente lesionen la vida o salud de alguna persona, sino toda conducción influenciada por alcohol o drogas que suponga un peligro ex ante para aquellos bienes jurídicos. Por otra parte, en la tentativa inidónea con falta de objeto me parece especialmente conveniente salir al paso de la posible objeción de que en ella no puede decirse que el supuesto objeto haya estado en peligro, ya que o no existía (por no haber existido nunca o haber dejado de existir), o no estaba presente en el momento de los hechos, por mucho que ex ante pudiera parecer todo lo contrario. Es fácil decir, p. Ej., que "no se puede poner en peligro a alguien que ya ha muerto con anterioridad", aunque dicha muerte no fuera perceptible por el autor porque tuvo lugar pocos momentos antes. Aquí se está utilizando el término peligro en el sentido retrospectivo de quien lo afirma sabiendo lo que después se descubre, o desde la posición ex ante de alguien omnisciente o que sabía lo que el autor no podía saber. Desde luego, ello no impide considerar que cualquier persona situada en la posición del autor –que es la posición relevante en la tentativa –habría considerado peligroso para la víctima atentar contra ella. Pero esto puede considerarse insuficiente desde una perspectiva ex post, como lo prueba la resistencia que existe en muchos autores y jueces en admitir la punibilidad en casos de falta de objeto. Frente a esto, en el texto quiero poner de relieve que la lesividad estadística de conductas como éstas ofrece un motivo de punición análogo al que aconseja al legislador a castigar delitos de peligro abstracto como la conducción bajo el efecto de bebidas alcohólicas o drogas. Tampoco en estos delitos de peligro abstracto hace falta la presencia de bienes jurídicos que entren en el radio de acción de la conducta peligrosa. Pero, como en estos casos, la punición de tentativas con falta de objeto puede justificarse no sólo por el peligro ex ante de la conducta concreta, sino también porque dicha punición tiene un sentido preventivo global que permite disminuir el número de lesiones producidas (ex post) por otras conductas que ex ante no pueden distinguirse de aquélla.

También quiero aclarar que la peligrosidad propia de la tentativa inidónea, aun siendo de la misma clase que la necesaria para todo delito de peligro abstracto, exige más concreta referencia al peligro ex ante para un bien jurídico determinado. Ello se debe a que en la tentativa no existe una descripción típica de una conducta específica, como la de conducción bajo los efectos del alcohol o drogas, seleccionada por su especial peligrosidad estadística, sino que la ley utiliza una definición genérica válida para toda clase de delitos (contra la vida, contra la propiedad, etc.) y que en cada uno de ellos permite formas de ejecución tan diversas como lo permita la imaginación del autor. La cuestión de si los actos de ejecución son "objetivamente" adecuados para producir la consumación del delito correspondiente exige, entonces, comprobar de forma muy concreta si ex ante dicha consumación parecía posible. Así, para afirmar si disparar sobre la forma que se ve en una cama constituye una tentativa punible de asesinato hay que comprobar que, por las concretas condiciones de oscuridad de la habitación y de apariencia de que en la cama hay una persona que duerme, una persona media colocada en el lugar del autor podría creerlo como lo cree el que dispara sobre el supuesto durmiente. Desde luego, no bastaría una conducta tan genérica como la de disparar a una ventana sin saber si hay alguien tras ella –ejemplo que pone Alcácer (op. cit., p. 236) de conducta peligrosa en abstracto pero que no lo sería, sin más en el caso concreto.

unos momentos por el asesino a sueldo, pero alguien que le había seguido aprovecha un descuido para descargar la pistola que el sicario había dejado sobre la mesa para ir al baño. El agente secreto que estaba durmiendo se despierta con frío, va a cerrar la ventana y ve desde ella que entra en la casa un enemigo que le estaba persiguiendo para matarle; con almohadas forma un bulto en la cama que simula una persona durmiendo, y se esconde detrás de una cortina; el enemigo entra en la habitación y ametralla el bulto creyendo que es el agente secreto; fue una casualidad que éste se despertara y viera llegar a su enemigo. Unos racistas prenden fuego a la chabola donde duerme siempre el inmigrante, según han comprobado aquéllos observándole durante varios días, incluso el del atentado, pero la víctima había salido, antes del comienzo de la ejecución, por una puerta trasera por cualquier circunstancia inesperada.

En ninguno de estos ejemplos se dirá que el intento no sea peligroso. Cualquier persona que conociera alguno de estos planes criminales momentos antes de su iniciación, cuando nada podía hacer pensar que había de fallar, vería en él un gran peligro. Sin embargo, en todos los casos propuestos parto de la base de que la ejecución comienza cuando ya era imposible que produjera la consumación y ello podría haberlo sabido o de hecho lo sabía alguien en aquel momento (ex ante): alguien podría haber advertido la circunstancia del arma que hizo que se encasquillara; quien llenó el recipiente destinado al veneno sabía que lo llenó de otra sustancia inocua; el error en la fecha de caducidad de la medicina podría y debería haber sido detectado por el fabricante; el que descarga la pistola del sicario sabe que ésta ha dejado de ser un medio idóneo para matar; el agente que simula el bulto en la cama sabe que ello hace inidóneo el intento de matarle durmiendo; el inmigrante sabe que no está en su chabola cuando tratan de matarle. Todos son casos de tentativas inidóneas según el concepto habitual, porque ex ante era cognoscible o incluso conocida por alguien la inidoneidad o la circunstancia que determinaba ésta.

Esto último concurre precisamente en los ejemplos que he puesto en que más absoluta es la inidoneidad: aquéllos en los que falta el objeto de la acción desde el principio de la ejecución. Sin embargo, es un hecho que la víctima se ha salvado por los pelos y que ha sido objeto de un ataque estadísticamente muy peligroso. La distinción que maneja un sector doctrinal entre tentativa absolutamente inidónea y relativamente inidónea no puede utilizarse para negar que en la primera pueda existir peligro en general, esto es, estadístico. Los únicos casos en que este peligro no concurre son los de tentativa irreal y de tentativa supersticiosa.

C) La diferencia existente entra la tentativa idónea y la inidónea, aunque permite establecer el paralelismo indicado entre la primera y los

delitos de peligro concreto y la segunda y los delitos de peligro abstracto, no sólo no permite decir que en la tentativa idónea (ni en los delitos de peligro concreto) el peligro sea más real que el que crea la tentativa inidónea (o los delitos de peligro abstracto) —en todo caso se trata de peligro estadístico—, sino que tampoco supone necesariamente que la tentativa idónea suponga mayor peligro que la tentativa inidónea. La distinción no tiene por qué determinar necesariamente una menor necesidad de castigo de la tentativa inidónea desde el punto de vista de su peligrosidad estadística.

La propia frontera de ambos conceptos puede resultar poco significativa en este sentido. Nótese que algunos de los ejemplos propuestos podrían ser variados de modo que la circunstancia que hace imposible la ejecución apareciese una vez iniciada la tentativa, en cuyo caso ésta sería idónea, y no obstante fuese menor su peligrosidad. Así podría suceder si el que quiere envenenar a otro, en lugar de iniciar la ejecución de forma inidónea utilizando una sustancia inocua que casualmente estaba en un recipiente destinado a contener veneno, comienza la ejecución de forma idónea, echando veneno en una bebida preparada para la víctima, con quien ha de compartir el desayuno, pero, por el nerviosismo con que actúa debido a su carácter y a que es la primera vez que delinque, confunde la bebida envenenada con otra sin veneno preparada para él, de modo que acaba sirviendo a la víctima la bebida inocua, mientras que él no llega a probar la envenenada por falta de apetito; o si, en vez de salir antes de que los racistas prendan fuego a su chabola (antes de empezar la ejecución), el inmigrante escapa cuando ésta ya arde (una vez ya iniciada una tentativa idónea). Estos casos de tentativas idóneas pueden ser estadísticamente menos peligrosas que las tentativas inidóneas que hemos imaginado más arriba: un plan de envenenamiento por parte de una persona nerviosa e inexperta que confunde la bebida no parece tan peligroso como el del que vierte una sustancia etiquetada por error como veneno; o el inmigrante puede haber escapado tras haberse iniciado el incendio porque las llamas no son tan poderosas como las que en pocos momentos acaban con la chabola del inmigrante que por casualidad había salido momentos antes.

4. Conclusiones acerca del fundamento político-criminal del castigo de la tentativa inidónea:

El peligro estadístico no acompañado de capacidad efectiva de producir la consumación en el caso concreto es la única clase de peligro que concurre en toda tentativa, sea idónea o inidónea —si no es irreal o supersticiosa—, porque ninguna tentativa que queda en tal podía en el caso concreto producir la consumación. No puede contraponerse, pues, la tentativa idónea a la inidónea diciendo que la primera implica un verdadero peligro en el caso concreto, mientras que la inidónea sólo entraña un peligro estadístico.

La incapacidad de lesión de toda tentativa en el caso concreto no impide que tenga utilidad preventiva la conminación penal de la tentativa. Ello incluye a la tentativa inidónea, que no encierra un peligro menos real que la idónea.

Puede trazarse un paralelismo entre la tentativa idónea y el delito de peligro concreto consumado, por una parte, y entre la tentativa inidónea y el delito de peligro abstracto consumado. Pero en todo caso sólo puede hablarse de peligro estadístico, que no tiene por qué ser menor en la tentativa inidónea que en la idónea.

Por lo demás, tampoco puede distinguirse entre tentativas relativamente inidóneas y tentativas absolutamente inidóneas según que supongan un peligro en general o no, porque también las tentativas absolutamente inidóneas no irreales o supersticiosas encierran un peligro estadístico — como ponen de manifiesto los ejemplos propuestos de ausencia casual del objeto de la acción—. Toda tentativa que, de haber sido correctos los datos que el autor tenía de la situación, habría producido la consumación, supone un peligro estadístico, en la medida en que en otros casos dichos datos podrían haber sido correctos.

BIBLIOGRAFIA

- ALCACER GUIRAO. “La Tentativa Inidónea” 2000.
BACIGALLUPO. “Principios de Derecho Penal” 4º Edición 1997.
CEREZO, MIR. “La regulación del Iter criminis y la concepción de lo injusto en el nuevo Código Penal Español en Revista de Derecho Penal y Criminología. 1998.
GIMBERNAT, ORDEI. “Prólogo a la 2º edición del Código Penal de Tecnos”.
LUZON PEÑA. “Curso de Derecho Penal”. Parte General 1996.
MIR, PUIG. “Derecho Penal,” Parte General, 5º edición 1998.
MUÑOZ CONDE Y GARCIA ARAN. “Derecho Penal” Parte General 1996.
QUINTERO OLIVARES. “Comentarios al Código Penal” 1996.
SANCHEZ, SILVA. “El Nuevo Código Penal: cinco cuestiones fundamentales”, 1997

4. IMPUTACION OBJETIVA Y PRINCIPIO DE LESIVIDAD.

Hernán Hormazábal Malareé

Catedrático de Derecho Penal

Universidad de Gerona

I.

En el año 1986 el que fuera Catedrático de Derecho Penal de Valladolid, D. Ángel Torío López, publicaba un artículo que llamó "Naturaleza y ámbito de la teoría de la imputación objetiva"¹⁰⁹. En este trabajo hacía notar que en dicha teoría se había puesto el acento en la exigencia de que el resultado típico provenga de la acción peligrosa dejando en un segundo plano otros aspectos, como la antinormatividad de la acción y que el ámbito de esta teoría se halla reducido exclusivamente a los delitos de resultado¹¹⁰.

En esta ocasión con motivo del homenaje al citado autor queremos precisamente referirnos a estos dos puntos que inciden, como veremos, en uno de los límites más importantes del *ius puniendi*: el principio de exclusiva protección de bienes jurídicos. Este principio que en la teoría del delito se precipita con el nombre de principio de lesividad, es frecuentemente ignorado en el proceso de interpretación y aplicación de la norma penal con lo que, lamentablemente, no pasa de ser una simple declaración programática dirigida al legislador.

La razón de que ello así sea quizá pueda deberse a que el principio de lesividad, *nullum crimen sine iniuria*, no acaba de encontrar su ubicación sistemática en una teoría del delito fundada en un concepto ontológico de acción que fatalmente tiene que conducir de la mano del dogma causal a determinar la tipicidad sobre la base de establecer una vinculación de causa y efecto, natural o valorativa, entre una acción y un resultado. Siendo esto así, inevitablemente la teoría de la imputación objetiva va a quedar reducida a los estrechos límites de criterio de tipicidad para los delitos materiales o de resultado¹¹¹.

En mi opinión el plano causal de la teoría de la imputación objetiva no es relevante y si lo es, en cambio, su dimensión normativa en cuanto instrumento para la constitución del injusto de una acción típica de la cual se puede pronosticar que es riesgosa para el bien jurídico. Será función de la teoría de la imputación objetiva establecer la antijuridicidad material

109. En el Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, págs. 33-48;

110. También llama la atención sobre otro aspecto que no desarrolla: sobre si la imputación objetiva es objetiva, esto es, "si la valoración en que consiste recae sobre el lado objetivo del comportamiento" (pág. 35.).

111. Como la plantea la doctrina mayoritaria que limita su validez a los delitos de resultado operando como un principio corrector de la teoría de la equivalencia de las condiciones. En este sentido Roxin, a quien sigue la doctrina dominante en España, en Derecho Penal, Parte General, T. I, (trad. Luzón D. M.; Díaz M. y de Vicente J.) Civitas, Madrid, 1997, págs. 345 sgtes.

de dicho comportamiento ofreciendo criterios racionales que permitan al intérprete señalar si ese peligro se plasmó o no en un resultado, esto es, en una lesión o puesta en peligro efectivo para el bien jurídico. El énfasis en este aspecto lleva a la teoría de la imputación objetiva a superar el estricto ámbito de la tipicidad de los delitos materiales o de resultado ¹¹².

II.

En la teoría penal se habla de delitos materiales o de resultado en oposición de los delitos de mera actividad. Los primeros se distinguirían de los segundos porque se entiende que en ellos es posible distinguir en su estructura típica un resultado natural separado espacial y temporalmente de la acción. Este resultado material se identificaría con la lesión del bien jurídico protegido por la norma. Se suelen poner como ejemplos el homicidio, las lesiones y los daños. En estos delitos la acción típica de “matar”, “lesionar” o “dañar” requiere la afección de los bienes jurídicos “vida”, “salud individual” y “patrimonio” respectivamente y el resultado material de “muerte”, “lesión” o “daño” que recae sobre el objeto de la acción, esto es, sobre la persona o el bien, se identifica con el resultado valorativo de afección del bien jurídico. De esta manera, en estos delitos la causalidad resolvería de un plumazo dos cosas totalmente diferentes: el problema del resultado material perteneciente al mundo de la naturaleza y el problema valorativo, por tanto conceptual, de la afección al bien jurídico ¹¹³.

En cambio, en los delitos de mera actividad, que ciertamente predominan numéricamente, la realización típica se agotaría con la realización de la acción y no se plantearía ningún problema de causalidad¹¹⁴. Por ejemplo, el allanamiento de morada en que basta la entrada o permanencia del sujeto contra la voluntad del morador. En estos delitos, si queremos ser consecuentes con el axioma ~~de~~ bastará con resolver el problema conceptual de la afección del bien jurídico

112. “Pensamos que la imputación objetiva es un principio metódico superior, o la manifestación en los delitos materiales de un principio metódico general, que se ramifica y disemina realmente a través de todo el sistema. También informa los delitos de simple actividad, las teorías de la tentativa y de la participación criminal.” (Torio, op. cit. nota 1, pág. 35).

113. Concluir que un bien jurídico se ha visto afectado por un comportamiento típico no puede ser sino el resultado de un juicio valorativo en el que el resultado material, pertenezca o no al tipo, es simplemente un dato para dicha valoración. El resultado no es sino la manifestación social del comportamiento que tendrá que ser considerada en el aludido proceso valorativo independientemente de que se trate de delitos de resultado o de mera actividad. Sobre el resultado ver Laurenzo Copello P.: El resultado en derecho penal, Tirant lo Blanch, Valencia, 1992.

114. Sin embargo, la causalidad tiene y ha tenido en la teoría penal una importancia exagerada teniendo en cuenta el reducido ámbito de su aplicación. Esta hipertrofia se debe a que la teoría penal se estructuró sobre la base de delitos como el homicidio o las lesiones como lo destacó agudamente hace cuarenta y cinco años Rodríguez Muñoz: “La bibliografía que surge en esta época se muestra en verdad muy orgullosa del nuevo tema dogmático, pero nunca se planteó la cuestión básica en orden a la importancia jurídico-positiva de él. Y lo que es peor, se mantuvo, no obstante la generalización de la teoría, en el terreno de los ejemplos especiales que habían sido tomados de los delitos contra la vida y la integridad corporal, incorporando tan sólo en ocasiones el incendio. Así ha surgido de un único ejemplo el dogma causal, sin que haya tenido efecto una verdadera inducción, esto es, en realidad de manera totalmente deductiva, a la vez que por los mismos años (1872) recibe esta construcción del tipo en las Normen de Binding una infraestructura con medios procedentes de la teoría general del derecho. La época que sigue descuidó en extremo el tratamiento científico de la Parte Especial, y trabajó la Parte General de un modo que esencialmente se adaptaba a los delitos de homicidio, pues casi exclusivamente habían sido obtenidas de ellos.” (Rodríguez Muñoz J. A. en “Notas” al Tratado de Derecho Penal de Edmund Mezger, T. I., Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1955, pág. 349).

(lesión o puesta en peligro, según sea su estructura típica) ¹¹⁵.

En los delitos de resultado, como puede apreciarse, en la medida que se está identificando dentro de la tipicidad el resultado material con la afección del bien jurídico, se está dejando al desvalor de acto al margen de cualquier consideración dentro del injusto que se fundaría exclusivamente en el ~~hecho~~ que implica no tener presente que la tipicidad gravita no en el resultado prohibido sino en una acción de riesgo para el bien jurídico. Esto, en último término, significa no tomar en cuenta el carácter antinormativo de la acción típica .

Ahora bien, la determinación del carácter contrario a la norma de un comportamiento típico no pasa simplemente por la simple constatación de la antinomia, sino que es necesario, además, que ese comportamiento tenga el significado social desvalorativo que sólo puede darle el bien jurídico, que le da contenido material a la norma, protegido con la prohibición o el mandato. Cuando el legislador, desarrollando un programa penal de exclusiva protección de bienes jurídicos, tipifica una conducta, tanto sea un delito de acción como de omisión, esta definiendo la materia de la prohibición o el mandato, esto es, formas concretas de ataque al específico bien jurídico protegido por la norma. Estos comportamientos adquieren significación con el bien jurídico protegido. Es el bien jurídico el que está en la base del injusto y el que le da contenido a la tipicidad ¹¹⁶.

Partiendo de la premisa de que el bien jurídico es la base del injusto, el carácter desvalorativo del comportamiento se habrá de enjuiciar ~~en~~⁷ en el caso concreto por su capacidad de crear un riesgo o peligro para el bien jurídico y no, por supuesto, por el resultado. Se trata en la determinación de la tipicidad de establecer si la conducta significa un desvalor en su relación con el bien jurídico protegido. El desvalor de acción no surge a partir de consideraciones ético-sociales ¹¹⁸, siempre subjetivas, sino del bien jurídico, por tanto se trata de un desvalor social objetivo. El juicio valorativo de tipicidad habrá de establecer el significado de riesgo de la acción para el bien jurídico.

Acción típica, en consecuencia, es igual a acción de riesgo para el bien jurídico protegido por la norma bien sea porque se creó un riesgo no permitido o se aumentó el riesgo permitido existente hasta transformarse

115. Como señala Torío López, op. cit. pág. 34 "Las fórmulas doctrinales acentúan la exigencia de que el resultado típico proceda de una acción peligrosa (momento teleológico), pero dejan relativamente en la sombra la necesidad de que la acción peligrosa esté en contradicción con la norma jurídica (momento normativo o valorativo)

116. Bustos Ramírez J. y Hormazábal Malarée H.: "Significación social y tipicidad" en Libro Homenaje al Prof. J. Antón Onea, Salamanca, 1982, págs. 121-138.

117. Con el juicio valorativo posterior ex ante se trata de establecer de forma objetiva con posterioridad al hecho lo que hubiera pronosticado un observador objetivo en el momento de la realización del hecho. En doctrina se conoce a esta fórmula como pronóstico objetiva posterior. Es una ficción, sin duda, pues resulta difícil conciliar "pronóstico" con "posterior" y difícil también pensar que conociéndose el resultado pueda ser objetiva. Sin embargo, constituye una buena fórmula de trabajo y en esta medida tiene que ser aceptada.

118. Como plantea la doctrina de la acción final en coherencia con su postulado de que la misión del derecho penal es asegurar "la vigencia de los valores de acto ético-sociales de carácter positivo". Ver Welzel H.: Derecho Penal Alemán, traducción de Bustos J. y Yáñez S. de la 11ª edición alemana, Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 1976, págs. 15 y sgtes.

en no permitido o por mantención del riesgo indebido ¹¹⁹. De esta forma, el tipo penal desde esta perspectiva normativa es continente del desvalor de acción y no puede ser del desvalor de resultado, pues las normas no pueden prohibir o mandar resultados, por ejemplo, que la gente no muera o que un bosque no se incendie ¹²⁰.

Ahora bien, si bien por las razones explicadas el juicio de desvalor de resultado no puede tener lugar en la tipicidad, ello no quiere decir que éste sea el único dentro de ella. La comprobación de la tipicidad de una conducta es el resultado de un juicio valorativo complejo en el que el central o nuclear es el desvalor de acto. Lo cierto es que la acción es únicamente un aspecto dentro de un proceso. En todo tipo penal hay una vinculación con otro, incluso en una figura tan simple como el homicidio en que se exige la muerte de otro. Por eso es más propio decir que más allá de una acción hay un proceso comunicativo o de vinculación recíproca con otro, que en algunos casos debe realizarse bajo ciertas y determinadas condiciones objetivas y subjetivas establecidas como exigencias por el legislador en el tipo. Por eso, es más propio señalar que desde un punto de vista valorativo el tipo no es sólo continente de un desvalor de acción sino de un proceso complejo de vinculaciones sociales que no sólo condicionan la tipicidad sino también modifican, aumentando o disminuyendo, el desvalor y consiguientemente la pena. Así, por ejemplo, en el Art. 143.3. CP. se castiga ~~el homicidio~~

~~el homicidio~~
~~delictivo~~
~~delictivo~~
~~delictivo~~
no se ejecuta

simplemente la muerte de otro, sino que su ejecución es a petición de una persona que se encuentra en una situación de padecimiento intolerable y el autor debe actuar motivado por esa situación de sufrimiento con la intención de ponerle fin. Hay claramente un proceso interactivo condicionado por ciertas circunstancias que modifican, atenuándolo, el desvalor básico de la muerte de otro. Por el contrario, el desvalor de la vinculación social en el delito de asesinato del Art. 139 CP. se ve agravado por la concurrencia de la alevosía, el precio o el ensañamiento. Como puede verse en ambos casos el desvalor básico de la acción tiene lugar dentro de un proceso social de vinculación con otro bajo ciertas y determinadas circunstancias establecidas por el legislador en el tipo con el auxilio de elementos descriptivos, normativos y subjetivos, como se les llama técnicamente a

119. Sobre el riesgo no permitido y los delitos de omisión Gimbernat Ordeig: "Causalidad, omisión e imprudencia" en Anuario de Derecho penal y Ciencias Penales, 1994, 5-60.

120. Las normas implican la valoración de un acto, no pueden prohibir o mandar un resultado sino sólo actos. Ver Kaufmann A.: *Lebendiges und Totes in Bindings Normentheorie*, Göttingen, 1954, págs. 69 sptes.; en la doctrina española Cerezo Mir: "El concepto de acción finalista como fundamento del sistema del Derecho penal" en Anuario de Derecho penal y Ciencias penales, 1959, pág. 569; el mismo "El delito como acción típica" en Libro Homenaje al Prof. J. Antón Oneca, Salamanca, 1982.

estos recursos gramaticales en el discurso penal.

IV.

La doctrina dominante contempla dentro de la teoría de la imputación objetiva una serie de criterios que supondrían la exclusión del injusto en los delitos de resultado, por cuanto dicho resultado no podría imputarse objetivamente a la conducta del autor. De acuerdo con esta doctrina, el resultado imputable presupone la realización de un peligro creado por el autor al margen de los peligros que son socialmente tolerados. Se trata, en consecuencia, de un peligro ilícito y el resultado ha de ser la realización de ese peligro ¹²¹.

De esta manera, partiendo del presupuesto de que es necesario que el autor ha de haber creado un riesgo no permitido, señala, por ejemplo, que no se puede imputar el resultado si la acción del autor no sólo no ha creado el riesgo sino que lo ha disminuido, o si falta la creación del riesgo o este riesgo se encuentra dentro del riesgo permitido. En todos estos casos, señala la doctrina mayoritaria, no puede imputarse el resultado. Dicho de otra forma, no hay injusto, pues falta el desvalor de resultado.

Sin embargo, en nuestra opinión en todos estos casos si bien estamos de acuerdo en que no hay injusto, su exclusión no se debe a la imposibilidad de imputar el resultado, sino a la ausencia de la vinculación social típica desvalorativa que fundamenta la tipicidad. Más específicamente son supuestos en que no hay desvalor de acción, esto es, en que no hay acción en el sentido del tipo pues no se ha creado un riesgo para el bien jurídico ¹²².

En efecto, según hemos expresado anteriormente el tipo penal describe vinculaciones entre sujetos que constituyen un desvalor en la medida que suponen la creación de un riesgo para el bien protegido por la norma. Este riesgo para el bien jurídico es el resultado de un pronóstico que implica que el intérprete, el que ha de determinar la tipicidad de un hecho concreto, se ha de colocar en la situación de los sujetos en el momento del establecimiento de la vinculación y pronosticar si en ese momento se ha creado el riesgo que el legislador ha querido evitar con la creación del tipo penal. Al mismo tiempo que se ha hecho el pronóstico de riesgo o peligro para el bien jurídico ¹²³, la vinculación tendrá significación penal, se habrá establecido el desvalor de la vinculación social. La ausencia de este desvalor implica que el hecho no puede ser atribuido al tipo penal, en definitiva, su atipicidad.

121. Roxin, op. cit. nota 3, págs. 362 sgtes.

122. Bustos Ramírez J.: "Imputación objetiva (cuestiones metodológicas y sistemáticas)" en Estudios Penales y Criminológicos, XI, Santiago de Compostela, 1989.

123. El bien jurídico se constituye en el referente que afirma o niega la significación penal de una conducta. Hormazábal Malarée H.: Bien jurídico y Estado social y democrático de derecho, PPU, Barcelona, 1991, 169 sgtes.

Como puede observarse claramente los supuestos señalados más arriba, disminución del riesgo o falta de creación del riesgo o de riesgo permitido, son a nuestro entender causas de atipicidad, pues constituyen supuestos en que falta el fundamento desvalorativo nuclear de la tipicidad, esto es, desvalor social típico cuyo núcleo es el desvalor de acción ¹²⁴. Así, no podrá tener significación jurídico penal, pues no puede ser desvalorada por el bien jurídico y por lo tanto carece de significación el necesario corte en el abdomen que tiene que hacer el médico para operar una peritonitis. El bien jurídico salud individual no puede ser afectado por una actividad que justamente tiene por objeto mantenerla o restablecerla. Desde el bien jurídico esta conducta objetivamente no constituye un desvalor, sino lo contrario y, por tanto, no puede ser atribuida al tipo legal.

También constituyen supuestos de ausencia de desvalor aquellos casos en que la afección al bien jurídico es mínima y la intervención del derecho penal no se ve necesaria por el carácter de ~~de~~ derecho penal. Son supuestos en que la significación social del hecho, por tanto hay un desvalor, es mínima ¹²⁵.

Los riesgos creados dentro del marco del riesgo permitido, por ejemplo la construcción de automóviles, no pueden ser valorados negativamente, no constituyen riesgos prohibidos y, por tanto, están al margen del derecho penal. Sólo tienen significación penal los que desbordan el riesgo permitido y se transforman en ilícitos ¹²⁶. No puede estimarse que en estos casos hay un desvalor social de acción si en el marco del riesgo permitido se produce la lesión de un bien jurídico. Tampoco puede estimarse que es una acción socialmente desvalorativa la que lleva a cabo el que con su acción disminuye un riesgo ajeno para el bien jurídico. Así en el caso del que desvía una piedra que ha lanzado un tercero y en lugar de darle en la cabeza a otro, le rompe un brazo. El sujeto ha evitado un mal mayor y no puede decirse que su conducta es constitutiva de un delito de lesiones. Su acción no puede, desde el bien jurídico vida de la persona que había sido puesto en peligro por el tercero, ser considerada un desvalor. Sin duda, se trata de casos próximos al estado de necesidad y que, por tanto, podría tratarse de una acción justificada, pero no es lo mismo decir que se trata de una conducta atípica, luego indiferente para el derecho penal, que de una conducta típica justificada.

124. Sobre el particular y sobre las causas de atipicidad desde esta perspectiva: Bustos-Hormazábal: "Lecciones de Derecho Penal. Parte General. Vol. II. Teoría del delito y del sujeto responsable", Ed. Trotta, en prensa.
125. Los principios político criminales que se conocen como límites al ius puniendi no sólo se refieren a los procesos de creación de la norma, sino también de su aplicación. Por tanto, su destinatario no es sólo el legislador sino también el Juez. El ius puniendi comprende también el derecho del Estado a perseguir la infracción de normas penales y, también, obviamente está sujeto a los condicionamientos de un Estado social y democrático de derecho. Sobre el particular Hormazábal Malarée: "El derecho penal subjetivo y sus límites" en Estudios Jurídicos en memoria del Prof. Dr. D. José Ramón Casabó Ruiz, Universitat de Valencia, 1998, págs. 5-21.

126. En estas condiciones puede haber una responsabilidad por omisión del encargado del control del riesgo. Véase Gimbernat Ordeig E., op. cit. Nota 11.

III.

Pero el desvalor de acto por si solo no puede ser fundamento del injusto. Si así fuese, ello podría dar lugar a un planteamiento estrictamente normativista en que el único fundamento del castigo sería un acto de desobediencia a la norma o la lesión de un discutible derecho subjetivo del Estado para exigir obediencia al ciudadano ¹²⁷. Por eso, junto al desvalor de acto con sede en la tipicidad, hay que considerar también, en la antijuridicidad ¹²⁸, el desvalor de resultado. Este desvalor surgirá de considerar la afectación efectiva del bien jurídico que ha producido la realización típica del autor. De esta forma, desvalor de acto fundado en el riesgo para el bien jurídico y desvalor de resultado fundado en la afectación efectiva del bien jurídico, son los que le dan fundamento material al injusto y el bien jurídico, en definitiva el que está en la base de la teoría del delito.

En efecto, de acuerdo con lo expresado anteriormente la constitución del injusto exige que la acción peligrosa se haya plasmado en la afectación de un bien jurídico. Esto exige dos juicios valorativos diferentes. Por una parte un juicio para establecer en la tipicidad el riesgo para el bien jurídico de la acción y por la otra un juicio de imputación, esta vez y en la antijuridicidad, para establecer si el resultado de afectación del bien jurídico fue plasmación de dicha acción peligrosa o, mejor dicho, si el peligro de la acción típica finalmente se realizó en una afectación del bien jurídico.

Este juicio de imputación del resultado (afectación al bien jurídico) constituye una exigencia del injusto que emana de la propia norma infringida, del juicio de antinormatividad. No basta para el injusto con el solo desvalor de acción ya que conduciría a un derecho penal que fundaría el castigo en la mera desobediencia de la norma y, por tanto, a un derecho penal de autor, como tampoco sería suficiente con solo el desvalor de resultado, cuya acentuación podría conducir a un derecho penal fundado en responsabilidad objetiva. Ambos, desvalor de acto y desvalor de resultado son indispensables en la constitución del injusto ¹²⁹.

La necesaria afectación de un bien jurídico, derivada de la exigencia de antinormatividad material, se expresa con el principio de lesividad. Esta exigencia pone en relación a todo el sistema jurídico que evidentemente tiene interés en que éstos permanezcan

127. La teoría política reconoció, en la época de la unificación alemana y con el comienzo de la industrialización, el Estado la titularidad de derechos subjetivos públicos, entre otros, el derecho a exigir obediencia. Ver a este respecto de los Ríos F.: "Introducción" en Jellinek Teoría general del Estado Buenos Aires, 1978; Hormazábal Malarée H.: op. cit. nota 15, págs. 38 sgtes.

128. Una concepción del injusto, derivada de entender que el sistema jurídico está integrado no sólo por normas imperativas sino también permisivas independientes, necesariamente tiene que distinguir dos momentos valorativos diferentes, tipicidad y antijuridicidad. Si hemos afirmado anteriormente que el tipo es continente de desvalores situacionales de acto y que el resultado es ajeno a la tipicidad, necesariamente habrá que considerarlo en un momento posterior, en la antijuridicidad en cuya valoración hay que tomar en cuenta todo el ordenamiento jurídico.

129. Bustos Ramírez J.: "Consideraciones en torno del injusto" en Control Social y Sistema penal, PPU, 1987, págs. 141-157. Publicado originalmente en 1974 en Nuevo Pensamiento Penal, Buenos Aires.

sin menoscabo. Por eso, en la antijuridicidad, además del desvalor de resultado, es necesario considerar para el juicio de antijuridicidad a todo el ordenamiento jurídico, a todo el sistema normativo, que está integrado no sólo por los valores absolutos de las normas que prohíben o mandan, sino también por las que permiten y relativizan esos desvalores e incluso llegan a neutralizarlos, como sucede cuando el hecho prohibido se realiza bajo ciertas y determinadas condiciones que constituyen los presupuestos de una causa de justificación.

Luego, de lo anterior se deriva que para la determinación de la antijuridicidad no sólo es necesaria la constatación formal de la ausencia de una causa de justificación, sino que es necesario constatar la afección efectiva del bien jurídico. Cuando las normas prohíben o mandan lo hacen en función de proteger un bien jurídico frente a riesgos que se especificarán cuando el legislador defina en el tipo la materia de la prohibición. De ahí que el tipo especifique junto a una antinormatividad formal (mera contradicción con la norma) también una antinormatividad material (contradicción con la norma y riesgo para el bien jurídico). El bien jurídico protegido anuda la norma con el resto del ordenamiento jurídico en su conjunto y éste exige como segunda valoración, la del juicio de antijuridicidad, donde no sólo se debe valorar el hecho en relación con las normas permisivas (antijuridicidad formal) sino también ex post en relación con la afección efectiva del bien jurídico (antijuridicidad material) ¹³⁰.

La teoría de la imputación objetiva tiene esta ~~teoría~~

La afección del bien jurídico constituye la plasmación del peligro prohibido por la norma y realizado en la forma específica en que se ha definido en el tipo penal. Es, en consecuencia, en el momento de la antijuridicidad donde debe tener lugar el juicio de imputación objetiva y no en la tipicidad donde sólo cabe valorar la acción de riesgo para el bien jurídico. El injusto resulta del equilibrio y correspondencia entre esa acción peligrosa prohibida y la afección del bien jurídico.

IV.

El juicio valorativo de imputación objetiva se ve simplificado por la presunción iuris tantum de antijuridicidad de un comportamiento a partir de la comprobación de su tipicidad y, en todo caso, nunca podrá resolverse con criterios de causalidad. Como problema valorativo tiene que resolverse con criterios racionales de inteligibilidad. La causalidad natural es un problema de la investigación criminal, de la criminalística pero no del

130. Como señala Welzel en op. cit. Nota 10 pág. 76 "El tipo es una figura conceptual que describe mediante conceptos formas posibles de conducta humana. La norma prohíbe la realización de estas formas de conducta. Si se realiza la conducta descrita conceptualmente en el tipo de una norma prohibitiva (así, por Ej., el dar muerte a un hombre) esta conducta real entra en contradicción con la exigencia de la norma. De ahí se deriva "la antinormatividad" de la conducta".

derecho penal que en todo caso tomará en cuenta los datos de las ciencias empíricas para sus valoraciones. La imputación objetiva no puede plantearse como un complemento o corrector de la causalidad, sino como una alternativa a la causalidad, como a nuestro juicio la visualizó Honig¹³¹. En efecto, si se observa con atención en el criterio propuesto por este autor de estimar imputable aquel resultado “que puede ser pensado como puesto conforme al fin” está clara la concepción kantiana del “noumeno”¹³², esto es, “de lo que es pensado por medio de la razón”, y consiguientemente el rechazo del naturalismo positivista. La aplicación de este pensamiento a la teoría del delito significa el rechazo del causalismo naturalista, consiguientemente también de la equivalencia de las condiciones, y en coherencia con una visión neokantiana del mundo, el fundamento del injusto en la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico (un resultado) a ser determinada con juicios de valor, esto es, con criterios de inteligibilidad que permitan razonablemente establecer si una realización típica se plasmó en esa lesión o puesta en peligro¹³³. En esta línea criterios de esta naturaleza son los que brinda la “teoría de la causalidad adecuada”¹³⁴, la “teoría del plan del autor”¹³⁵ etc.

V.

A estas alturas del desarrollo de la propuesta que aquí se defiende pueden inferirse, a partir de lo explicado anteriormente, algunas consecuencias. Si los tipos penales al concretar la materia de la prohibición establecida por la norma, definen acciones que en determinadas condiciones significan un riesgo para el bien jurídico, está claro que a efectos de la determinación de la tipicidad no resulta pertinente una distinción entre delitos de resultado material y de mera actividad¹³⁶. En ambas categorías para la tipicidad basta la comprobación del riesgo para el bien jurídico protegido, mejor dicho, de una acción contraria a la norma que permita pronosticar un peligro o riesgo para el bien jurídico protegido. Será en el momento de la antijuridicidad, mediante un juicio de imputación objetiva, una vez puesta la conducta en relación con el ordenamiento jurídico y constatada la ausencia de norma permisiva, que corresponderá completar el tipo comprobando el resultado exigido,

131. Honig R.: “Kausalität und objektiven Zurechnung” en Festgabe Frank, Tübingen, 1930, pág. 184.

132. Ferrater Mora J.: Voz “Kant Immanuel” en Diccionario de Filosofía 3, Círculo de Lectores, págs. 1839 sgtes.

133. Hormazábal Malarée H.: “Imputación objetiva y subjetiva en los delitos calificados por el resultado” en Anuario de Derecho penal y Ciencias Penales, 1989, págs. 1034 y sgtes.

134. Es imputable objetivamente ese resultado del cual un observador externo inteligente puede pronosticar ex ante, esto es, colocándose en el momento del comportamiento, que dicho comportamiento es una causa adecuada para producir el resultado cuando sean probable, conforme a la experiencia de la vida, que éste se produzca. Ver Bustos-Hormazábal: “Derecho Penal. Parte General. Vol. II. Teoría del delito y del sujeto responsable”, Ed. Trotta, en prensa.

135. Es imputable aquél resultado que el autor se propuso alcanzar y podía alcanzar por estar dentro de su esfera de dominio el poder hacerlo. Bustos-Hormazábal: “Derecho Penal. Parte General. Vol. II. Teoría del delito y del sujeto responsable”, Ed. Trotta, en prensa.

136. La distinción entre delitos materiales o de resultado y de mera actividad sólo tendría importancia dogmática en los delitos de omisión impropios, ya que, de acuerdo con el Art. 11 CP, es en relación a ellos que se construyen estos delitos. En los delitos de acción su importancia es sólo criminalística.

esto es, la lesión o puesta en peligro, según cual sea el contenido de la materia de prohibición, del bien jurídico protegido por la norma.

Es este resultado el que cuenta para el jurista para la configuración del injusto, sólo ese resultado es el que cuenta a efectos de dar por cumplido el mandato del resultado naturalístico

no es más que la manifestación social del hecho típico y esa manifestación social puede producirse en cualquier delito, independientemente de si son o no delitos materiales o de mera actividad. La entrada o permanencia en una morada, sin la voluntad del dueño, que sería delito de mera actividad por no constituir el resultado una exigencia típica, sin embargo, produce un resultado natural material perceptible socialmente y también una lesión del bien jurídico intimidad. Ambos son dos resultados diferentes, natural uno y valorativo el otro, que necesariamente no coinciden. El resultado material pertenece al mundo de los sentidos y no es más que un dato fáctico importante pero no definitorio para el juicio de afección al bien jurídico. Pero, no es un problema jurídico, sino un hecho que en el momento oportuno el informe policial o pericial pondrá a disposición del Juez para el juicio de imputación objetiva de la afección al bien jurídico a la realización típica.

La doctrina dominante, que sigue muy de cerca los planteamientos de Roxin, parte de premisas diferentes de las que aquí sirven de punto de partida. Entiende que la imputación del resultado, o sea la afección del bien jurídico, es un problema propio y privativo de los delitos de resultado que tiene que ser resuelto en el injusto o, mejor dicho, en el tipo de injusto¹³⁷. Identifican la lesión del objeto de la acción con la lesión del bien jurídico. Por eso, sostienen, que lo fundamental es establecer que dicho resultado es imputable a la acción. Coherentemente, y al contrario de lo que venimos planteando, la doctrina sostiene que la tipicidad exige copulativamente la creación de un riesgo fuera del riesgo permitido y que el resultado sea la realización del riesgo creado. Se puede apreciar a partir de esta doble exigencia una unificación de desvalor de acto y de desvalor de resultado en el momento de la tipicidad. El desvalor de resultado se traga al desvalor de acto¹³⁸.

De ahí que resulten semejanzas y diferencias y estas últimas derivadas de los diferentes puntos de partida. Si bien coincidimos con Roxin¹³⁹ en que los criterios excluyen la tipicidad de un comportamiento, diferimos, en cambio respecto a su naturaleza jurídica. Si para él constituyen casos en que el resultado no puede ser imputado al autor como obra suya,

137. Para esta línea de pensamiento el tipo penal es fundamento, no ratio cognoscendi, de la antijuridicidad. Tipo y antijuridicidad constituyen un solo momento valorativo y prescinden del desvalor de acto que queda consumido por el desvalor de resultado. En esta línea, por todos, Roxin, op. cit. nota 3 y en la literatura española Mir Puig S.: Derecho penal. Parte General, 4ª Ed., PPU, Barcelona, 1996.

138. Planteamiento con absoluta coherencia con una teoría monista de las normas. Ver Bustos-Hormazábal: Lecciones de Derecho penal. Parte General. Vol. II. Fundamentos del sistema penal, 1997, Ed. Trotta, págs. 36 y sgtes.

139. Aspecto que el mismo ha destacado en op. cit. Nota 3 pág. 365.

desde nuestra perspectiva constituyen causas de atipicidad ya que suponen la ausencia del desvalor de acción o de un elemento estructural del tipo. En segundo lugar, si bien coincidimos en que el injusto requiere una afección al bien jurídico y que este debe ser imputado objetivamente al autor, diferimos respecto al momento de dicha valoración y estimamos que ésta, en la forma de un juicio de imputación objetiva, ha de tener lugar en posteriormente, en la antijuridicidad. En tercer lugar, si como hemos explicado anteriormente, el juicio de antinormatividad se completa con la afección del bien jurídico, es obvio que esta exigencia no es exclusiva de los delitos de resultado y también alcanza a los de mera actividad, con lo que la garantía se constituye en un principio general de la teoría del delito.

VI.

Tipicidad y antijuridicidad representan dos momentos valorativos diferentes en el injusto. Ambos desvalores, desvalor de acto en el contexto de un más amplio desvalor social situacional, y desvalor de resultado como afección del bien jurídico constituyen exigencias del injusto y conforman conjuntamente, al poner en juego a todo el ordenamiento jurídico, un más amplio desvalor social situacional en cuyo núcleo duro, en todo caso, están el desvalor de acto como exigencia típica y el desvalor de resultado como exigencia de la norma. El resultado valorativo exigido que puede ser de lesión o de puesta en peligro, dependerá de la forma en que se ha concretado la materia de prohibición en el tipo. La estructura típica podrá exigir una puesta en peligro (en los delitos de peligro) o una lesión efectiva (en los delitos de lesión) del bien jurídico ¹⁴⁰. En ambos casos, tanto en la lesión efectiva como en el peligro, el problema de la imputación del resultado es un problema de carácter valorativo cuyo momento en el análisis sólo puede tener lugar en la antijuridicidad.

Ahora bien, en tanto que problema de antijuridicidad que resulta de la exigencia de completar el juicio de antinormatividad de la acción, ha de concluirse que la imputación objetiva constituye exigencia de carácter general del sistema del delito ¹⁴¹. Claramente se puede confirmar esta apreciación en la teoría del delito de lesión se consumará con la lesión efectiva del bien jurídico y para los actos preparatorios y la tentativa, bastará con la puesta en peligro.

De esta forma, la imputación objetiva culminará en “una exigencia general interna al sistema” y en la “manifestación de un principio metódico

140. Solo dejaremos constancia, por los límites de este trabajo, de que desde hace largo tiempo, como lo pone de manifiesto la abundante literatura que hay sobre el particular, tiene lugar una intensa discusión en el derecho penal sobre la legitimidad de los llamados delitos de peligro abstracto. Entre los muchos autores que se han pronunciado sobre este problema se cuenta también A. Torío López : “Los delitos de peligro hipotético” en Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, 1981 págs. 825 sgtes.

141. Op. cit. nota 1, pág. 43.

superior, que se disemina por todos y cada uno de los campos del sistema penal”¹⁴², en tanto que se entienda que el desvalor de resultado no es una exigencia dogmática reducida sólo a los llamados delitos materiales o de resultado, sino que es exigible también para la valoración de la antijuridicidad de cualquier delito de acción o de omisión, doloso o culposo, de lesión o de peligro y cualquiera que sea su grado de desarrollo. La imputación objetiva es una teoría de carácter garantista vinculada al principio de lesividad de validez general que permite al intérprete comprobar si una determinada afección a un bien jurídico ha sido la plasmación de un comportamiento típico previo y no, simplemente, un conjunto de criterios con funciones en el ámbito de la tipicidad de una determinada categoría de delitos.

BIBLIOGRAFIA

- ANUARIO DE DERECHO PENAL Y CIENCIAS PENALES
- BUSTOS RAMIREZ J. Y HORMAZABAL MALAREE H. “Significación social y tipicidad” Salamanca 1982.
- BUSTOS RAMIREZ J. Y HORMAZABAL MALAREE H. “Lecciones de Derecho Penal” Parte General. Vol. II “Teoría del Delito y del Sujeto Responsable”, Editorial Trotta.
- BUSTOS RAMIREZ J. “Imputación Objetiva (cuestiones metodológicas y sistemáticas) en Estudios Penales y Criminológicos XI, Santiago de Compostela 1989.
- BUSTOS RAMIREZ J. “Consideraciones en torno del injusto”. Control Social y Sistema Penal, PPU 1987
- COPELLO P, LAURENZO. “El Resultado en Derecho Penal, Tirant lo Blanch, Valencia 1992.
- DERECHO PENAL PARTE GENERAL, “T I, Civitas, Madrid, España.
- FERRATER MORA, J. “Kant Immanuel”. Diccionario de Filosofía 3.
- GIMBERNAT, Ordeig. “Casualidad, omisión e imprudencia. Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales 1959.
- HONIG, R. “Kausalität und Objektiven Zurechnung” en Festgabe Frank, 1930.
- HORMAZABAL MALAREE H. “Bien Jurídico y Estado Social y Democrático de Derecho” PPU, Barcelona 1991.
- HORMAZABAL MALAREE H. “El Derecho penal subjetivo y sus límites”. Estudios jurídicos en memoria del Prof. Dr. D. José Ramón Casabo Ruíz. Universitat de Valencia, España 1998.
- HORMAZABAL MALAREE H. “Teoría General del Estado” Buenos Aires 1978.

142. Ibid.

HORMAZABAL MALAREE H. "Imputación objetiva y subjetiva en los delitos calificados por el resultado. Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales 1989.

RODRIGUEZ MUÑOZ, J.A. "Notas al tratado de derecho penal de Edmund Mezger, Tomo I, Editorial Revista de Derecho de Privado, Madrid 1995.

5. EL SISTEMA PENAL SALVADOREÑO.

Una aproximación desde la perspectiva de la política criminal*.

En recu

SUMARIO

1. INTRODUCCION. 2. DERECHO PENAL Y POLITICA CRIMINAL. 3. LA MISION DEL DERECHO PENAL. 4. AMBITO DE LA POLITICA CRIMINAL. 5. CONCEPTO DE POLITICA CRIMINAL. 6. FUNCION DE LA POLITICA CRIMINAL. 7. MODELOS DE POLITICA CRIMINAL. 7.1. Dirección de Ley y orden. 7.2. Orientación garantista de la política criminal. 8. CONCECUENCIALISMO Y PRINCIPIALISMO. 8.1. Orientación a las consecuencias. 8.2. Principialismo penal. 9. POLITICA CRIMINAL Y PRINCIPIOS FUNDAMENTALES DEL DERECHO PENAL. 9.1. Noción y función de los principios. 10. LIMITES DE LA POLITICA CRIMINAL. 11. EL DERECHO PENAL EFICAZ. 12. LA VISION DEL SISTEMA PENAL DESDE LOS PRINCIPIOS FUNDAMENTALES. 13. LOS FUNDAMENTOS DE LA NUEVA REFORMA. 14. LA EXACERVACION PUNITIVA. 15. LA CRIMINALIZACION EN LAS AVANZADAS MEDIANTE PENAS DESPROPORCIONADAS. 16. FORMULAS DE IMPUNIDAD POR EXCLUSION DE RESPONSABILIDAD. 17. LA OBLIGATORIEDAD DE LA PRISION PROVISIONAL. 18. CONCLUSIONES. BIBLIOGRAFIA.

1. INTRODUCCIÓN

La presente reflexión, es una aproximación a la política criminal, desde la estructura de nuestro propio sistema penal y del proceso de reforma que ha adolecido. Originalmente estos tópicos se esbozaron con ocasión de varias conferencias dictadas en diferentes universidades, y para ello me serví de algunas ideas ya planteadas en otras cavilaciones más detalladas, que próximamente verá luz en una publicación sobre principialismo y política criminal. Sin embargo, creo necesario presentar estas reflexiones para su publicación, en virtud de las constantes reformas penales de que han sido objeto la actual normativa penal, y otras más que se prevé se continuaran realizando bajo el enfoque de la “seguridad ciudadana”, que creo nos está llevando al establecimiento de un derecho penal autoritario, en el marco de un “Estado Penal”. Para ello he procedido a abreviar la temática en estudio, de ahí que, respecto del enfoque político criminal, él mismo es una síntesis de estudios anteriores, pero desde ya advierto que se trata sólo de una propincuidad sobre el tema. Sin embargo,

* Carlos Ernesto Sánchez Escobar. Graduado de la Universidad de El Salvador. Especialista en Ciencias Penales de la Universidad Nacional de Costa Rica y Juez de Sentencia de El Salvador.

los tópicos que se abordan a partir del tema del “derecho penal eficaz”, son inéditos y se han incorporado de esa manera a la presente elaboración.

El trabajo presenta unas generalidades, sobre las opciones de política penal que han informado a la creación de la nueva legislación penal, para sorpresa de muchos resultará, que la formulación de la normativa no es ni aún en su génesis, tan “garantista” como el discurso apologético –actual– pretende presentar este nuevo marco regulativo de lo punitivo. De ahí que, aunque el sistema normativo penal este delineado sobre la estructura del programa constitucional, se percibe claramente en algunas aspectos, una exasperación de lo punitivo y una simplificación del propio sistema garantista.

Ahora bien, la reforma contemporánea de la cual ha sido objeto la normativa penal, presenta una visión marcadamente autoritaria del derecho penal, así, únicamente para señalar algunos parangones, se han agudizado los aspectos preventivos de la pena, tanto generales como especiales en su faz negativa, de ahí que las conminaciones penales, presenten un aspecto de intimidación excesivo en cuanto a los fundamentos de la prevención general, y que se opte por una verdadera política de inocuidad del ser humano en el ámbito de la prevención especial, alcanzándose con ello una verdadera “barbarie punitiva”, lo cual se irradia hacia otros contenidos de la sistemática penal, por ejemplo la indiferenciación que se hace por la reforma, respecto de los grados de configuración del injusto y de la participación delictiva.

A ello debe sumarse, la devaluación que se hace del sistema de garantías penales mínimas, las cuales alcanzan también las formas de enjuiciamiento, permitiendo una penetración intolerable de las formas procesales, para dar cabida a un derecho penal “eficaz” que transgrede el equilibrio Constitucional. Tales reformas han surgido, más que de un minucioso estudio de la realidad sobre la criminalidad sus causas y efectos, por ofertas de seguridad que ven el derecho penal, una forma fácil de presentar modelos de satisfacción al cuerpo social, ante los niveles de inseguridad que se perciben –habría que analizar que tan real es dicho fenómeno– por los habitantes, sin embargo debe advertirse que ese abuso del simbolismo del derecho penal como sistema, es una decisión errada, puesto que ni resuelve el problema de la criminalidad, al contrario lo enmascara y por ende lo agudiza, resultando al final una deslegitimación más profunda del sistema penal, que no es un mecanismo idóneo para resolver por si solo dichos problemas.

Esa es la visión que presenta este trabajo, para lo cual de previo, se hacen unas consideraciones básicas, sobre la política criminal, su relación con el sistema penal, la función que desempeña, su conceptualización, y vinculación al principialismo penal, a partir del cual las decisiones de política criminal y más precisamente de política penal

encuentran sus justos y verdaderos límites como corresponde en un Estado Constitucional de Derecho.

2. DERECHO PENAL Y POLITICA CRIMINAL.

La relación entre derecho penal y política criminal en estos tiempos nos parece innegable, es decir, se ha vuelto una coexistencia necesaria respecto del fenómeno delictivo ¹⁴³, con ello queremos significar, que el derecho penal contemporáneo no puede pretender escapar a la realidad social, de que el delito no se reduce a fenómenos jurídicos, y que la solución de dichos conflictos sociales es mejor entendida, si al análisis de sistema de la teoría del delito, se incorporan los datos empíricos que la política criminal y la criminología permiten conocer, para elaborar un derecho penal capaz de cumplir su misión y función, en cuanto ser ~~de~~ tutela de bienes jurídicos, reforzador de la conveniencia del imperio del orden normativo en la conciencia ciudadana, como garante de los derechos humanos, e instrumento reductor de la violencia ¹⁴⁴.

La anterior visión de un derecho penal orientado a finalidades, y vinculado en su estructura dogmática a presupuestos político criminales, no riñe con la fiel observancia a las garantías clásicas que han informado al derecho penal ¹⁴⁵ pues esta exigencia originada de los postulados de la ilustración, tiene actualmente raigambre constitucional, así pues, entendemos que un enfoque político criminal sobre la misión y función del derecho penal, debe respetar el núcleo esencial de los principios constitucionales sobre los que se ha erigido la potestad punitiva del Estado.

Desde nuestra óptica –que no es nueva ni inédita– entendemos que la confluencia entre sistemática penal y política criminal, es necesaria y útil, siempre que se tenga en cuenta que esta última disciplina, no puede hacer reducible el derecho penal a su antojo, y que encuentra su real límite en el sistema de garantías que éste reivindica, en atención a la centralidad

143. Reconociendo actualmente la vinculación entre dogmática y sistemática penal con la política criminal, en las construcciones de la teoría del delito y en la legislación de carácter penal, aunque delimitando sus propios contenidos puede verse: ROXIN Claus "Derecho Penal" Parte General, Tomo I. Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito. Traducción de la 2ª edición alemana por Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal. Civitas. Madrid. España. 1997 pp. 223 a 227; ROXIN Claus "Política Criminal y Sistema de del Derecho Penal" 2ª edición. Traducción de Francisco Muñoz Conde. Editorial Hammurabi. Buenos Aires. Argentina. 2000, p. 49; HASSEMER Winfried, MUÑOZ CONDE Francisco "Introducción a la Criminología y al Derecho Penal". Tirant lo Blanch. Valencia. España. 1989, p. 65; LUZÓN PEÑA DIEGO MANUEL "Curso de Derecho Penal" Parte General I. Hispamer. Colombia. 1999, p. 101; SILVA SÁNCHEZ Jesús María "Política Criminal en la Dogmática: Algunas cuestiones sobre su contenido y límites" en Política Criminal y Nuevo Derecho Penal (Libro Homenaje a Claus Roxin) José M. Bosch Editor. 1997. Barcelona. España. p. 18; MUÑOZ CONDE Francisco, GARCÍA ARAN Mercedes "Derecho Penal" Parte General. 2ª edición, revisada y puesta al día conforme al Código penal de 1995. Tirant lo Blanch. Valencia. España. 1996, pp. 206 a 207; QUINTERO OLIVARES Gonzalo "Derecho Penal". Parte General. Segunda edición corregida, aumentada y puesta al día. Marcial Pons editor. Barcelona. España. 1989, p. 241.

144. Esa visión resumida de tutela de bienes jurídicos con relación a la justicia y a la función de la pena puede verse en CREUS Carlo "Metodología y Derecho Penal" en AA. VV. "Derecho Penal y Derecho Procesal Penal". Libro Homenaje a Carlos Alberto Contreras Gómez. Abeledo-Perrot. Buenos Aires. Argentina. 1997 p 80.

145. En este sentido se ha dicho: "Así pues, sin olvidar la evidente "relatividad" o condicionalidad socio-cultural" del Derecho Penal, se trata de enmarcar la política criminal en el contexto del concepto de persona, su dignidad y sus derechos fundamentales.." SILVA SÁNCHEZ Jesús-María "Política Criminal y Persona.." op. cit. p. 28.

de la persona humana ¹⁴⁶.

3. LA MISION DEL DERECHO PENAL.

El diseño de una correcta actividad estatal, que tienda a enfrentar los conflictos sociales catalogados como “delitos”, debe iniciar por la reflexión de cual es la misión del derecho penal, como su principal instrumento, tal cavilación debe ser antecedida por vislumbrar el origen del derecho penal democrático, éste además de ser elemento de represión se constituye como instrumento de garantías, a partir de la doctrina de la ilustración sobre la base filosófica del contractualismo, erigiendo una triada garantista en el sentido de: 1) Reducir la expansión del derecho penal por la lesión de bienes jurídicos, así sólo podría constituir delito, lo que lesionara las libertades ciudadanas aseguradas en el contrato social; 2) Las renunciaciones de los ciudadanos delimitadas como prohibiciones, es decir como abstenciones de conducta para evitar lesión de derechos de terceros, debían quedar exactamente predeterminadas, ello significo el advenimiento del mandato de certeza; 3) El poder del Estado para limitar los ámbitos de libertad, no es un poder autónomo, discrecional o arbitrario, ello por que el Estado no era un fin en si mismo –ni actualmente lo puede ser– sino que es una creación para el servicio del hombre, de ahí que el poder conferido al denominado “Leviathan”, es susceptible de limitaciones que surgen de la propia dignidad humana. En síntesis, la visión de origen del derecho penal en la época del pensamiento ilustrado fue la de un poder limitado y racional ¹⁴⁷.

El preámbulo que precede orienta la posición que asumimos, cual es, la de que la misión del derecho penal, es la de tutela exclusiva de bienes jurídicos, ésta visión del derecho penal aunque no es única ¹⁴⁸

146. Sobre la visión que apenas se ha esbozado puede confrontarse HASSEMER Winfried “Viejo y Nuevo Derecho Penal” en *Persona, Mundo y Responsabilidad. Bases para una teoría de la imputación en derecho penal.* Traducción de Francisco Muñoz Conde y María del Mar Díaz Pita. Editorial Temis. Santa Fé de Bogotá. Colombia. 1999, pp. 18 a 19. El original del artículo se informa, corresponde a la publicación “Kennzeichen und Krisen des modernen Strafrechts” que apareció en *Zeitschrift für Rechtspolitik*, 1992, pp. 378 ss. Y fue traducido por Francisco Muñoz Conde con el título “Crisis y Características del Moderno Derecho Penal” en *Actualidad Penal*. 1993.

147. Sobre la visión que apenas se ha esbozado puede confrontarse HASSEMER Winfried “Viejo y Nuevo Derecho Penal” en *Persona, Mundo y Responsabilidad. Bases para una teoría de la imputación en derecho penal.* Traducción de Francisco Muñoz Conde y María del Mar Díaz Pita. Editorial Temis. Santa Fé de Bogotá. Colombia. 1999, pp. 18 a 19. El original del artículo se informa, corresponde a la publicación “Kennzeichen und Krisen des modernen Strafrechts” que apareció en *Zeitschrift für Rechtspolitik*, 1992, pp. 378 ss. Y fue traducido por Francisco Muñoz Conde con el título “Crisis y Características del Moderno Derecho Penal” en *Actualidad Penal*. 1993.

148. Por ejemplo, se ha entendido por un sector de la doctrina, que la misión del derecho penal debe ser la protección de los valores de la actitud interna, y mediatizadamente la de bienes jurídicos, en tal sentido se dijo: “La misión del Derecho Penal consiste en la protección de los valores elementales de conciencia, de carácter ético-social, y sólo por inclusión la protección de los bienes jurídicos particulares” WELZEL Hans “Derecho Penal Alemán”. Parte General. 11° edición. 4° edición castellana. Traducción de Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez Pérez. Editorial Jurídica de Chile. Santiago. Chile. 1993, p. 5. Para otro sector de la doctrina, la misión del derecho penal, descansa sobre la base de la prevención general en su ámbito positivo, pero radicalizando la validez de la norma jurídico penal. Así se indica “en el modelo descrito de la función de la punición estatal se trata de prevención general mediante el ejercicio en el reconocimiento normativo de la norma”. JAKOBS Günther “Derecho Penal” Parte General. Fundamentos y Teoría de la Imputación. 2° edición corregida. Traducción de Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo. Editorial Marcial Pons. Madrid. España. 1997, p. 18.

tiene un sólido respaldo dogmático ¹⁴⁹ ; entendemos pues que la protección de los bienes jurídicos debe ser la directriz preponderante, y que sólo a partir de tal función –sociológicamente hablando– es posible predicar ya de manera posterior un trasfondo ético, el cual siempre deberá quedar subordinado a la idea de protección de bienes. En suma, no negamos que el derecho penal sea un instrumento importante para solidificar los valores ético-sociales de las conductas ¹⁵⁰, pero este ámbito lo mediatizamos a la idea de protección de bienes jurídicos, que es el sustrato sobre el cual deben descansar –en nuestra opinión– los referentes axiológicos, de tal manera que la inversión propuesta, revela como plano fundamental la protección de los bienes jurídicos, y únicamente después el referente ético-social de la acción, reconociéndose como misión del derecho penal, la protección de bienes jurídicos.

4. ÁMBITO DE LA POLÍTICA CRIMINAL.

Las actuales tendencias en el derecho penal, marcan una vinculación estrecha con la política criminal, hasta el punto de sostenerse que las categorías de la dogmática jurídico-penal, deben estructurarse sobre un modelo teleológico que se nutre de las tendencias político-criminales ¹⁵¹. Pero este nexo resulta novedoso, al menos en el actual estado de cosas, pues de antaño, básicamente siguiendo –en principio– el modelo Lisztiano lo que se preconizaba era una escisión entre dogmática penal y política criminal ¹⁵². Es importante por lo indicado, que al enfocar el tema de la política criminal, se hurgue en sus raíces históricas, para dimensionar de mejor manera el tópico al que en este apartado se aludirá.

En verdad que la política criminal no puede verse aislada de todo el saber penal, hay una estrecha vinculación, entre los ámbitos en los

149. Sobre la misión del derecho penal privilegiando la protección de bienes jurídicos Hassemmer indica que: "No todos los autores tratan los mismos temas bajo la rúbrica "misión del derecho penal"; así por ej., hay quienes tratan la protección de bienes jurídicos como una parte de la teoría del delito. La cuestión no tiene sin embargo gran importancia ya que, de un modo u otro, en tanto se entienda que la misión del derecho penal es la protección de bienes jurídicos, ello también repercute en el concepto de delito y puede ser igualmente discutido en él". HASSEMER Winfried, MUÑOZ CONDE Francisco "Introducción a la Criminología y al Derecho Penal..." op. cit. p. 100; en este sentido aunque con diferentes matizaciones además: HORMAZÁBAL MALARÉE Hernán "Bien Jurídico y Estado Social y Democrático de Derecho". El objeto protegido por la norma penal. PPU. Barcelona. España. 1991, p. 1; JESCHECK Hans-Heinrich "Tratado de Derecho penal". 4ª edición completamente corregida y ampliada. Traducción de José Luis Manzanares Samaniego. Editorial Comares. Granada. España. 1993, p. 6; STRATENWERTH Günter "Derecho Penal". Parte General I. El Hecho Punible. Traducción de la segunda edición alemana (1976) por Gladys Romero. EDESA. 1982, p. 3; BUSTOS RAMÍREZ Juan, HORMAZÁBAL MALARÉE "Lecciones de Derecho Penal. Volumen I. Fundamentos del sistema penal, esquema de la teoría y del sujeto responsable y teoría de la determinación de la pena. Editorial Trotta. Madrid. España. 1998, p. 138.

150. Nos parece adecuada la visión de Zaffaroni cuando vincula la protección de bienes jurídicos a la zona de las cuestiones ético-sociales. Ver ZAFFARONI Eugenio Raúl "Manual de Derecho Penal". Parte General. Primera Reimpresión. Cárdenas Editor. México. D.F. 1991, pp. 53 a 56.

151. Esta corriente del pensamiento se ve fraguada en el denominado proyecto alternativo alemán, que fue una propuesta de código penal bajo criterios político-criminales en cuanto su estructura, y que fue impulsada por una plejade de juristas alemanes que lo publicaron en 1966, pretendiendo dar al sistema penal una clara función instrumental que no se agota en la pureza de la norma. Ver ROXIN Claus "Franz Von Liszt y la Concepción Político Criminal del Proyecto Alternativo" en Problemas Básicos del Derecho Penal. Traducción de Diego-Manuel Luzón Peña. Editorial Reus. Madrid. España. 1976 pp. 37 a 70.

152. Confrontar ROXIN Claus "Política Criminal y Sistema del Derecho Penal..." op. cit. pp. 31 a 34.

cuales se desarrolla la política criminal, y las áreas en las cuales se desarrolla la sistemática penal, además de otras disciplinas afines; esta realidad no es nueva, ya desde von Liszt se proponía –aunque con un matiz diferente de acuerdo a la época– la idea de una ciencia totalizadora del derecho penal ¹⁵³, que pudiese enfrentar a partir de su complejidad, la multifactorialidad con la cual se presentaba el delito, y este pensamiento sigue renovándose, teniendo como fin una ciencia penal sincrética, en la cual concurren multiplicidad de disciplinas, que a partir de sus conocimientos propios puedan aportar soluciones a los problemas de la criminalidad ¹⁵⁴.

En síntesis, podríamos indicar que desde su origen la política criminal ha estado vinculada a la dogmática jurídico-penal, y que la cesura proclamada entre ambas disciplinas, en esta época se ha ido difuminando, a través de una línea pensamiento, que acepta que las finalidades político-criminales tienen ciertos niveles de ascendencia respecto de la estructura de la dogmática, aunque reconociendo límites entre ambas, fundados precisamente en principio constitucionales los cuales se entienden como rectores de la política criminal en los Estados Constitucionales, principios que a su vez descansan en los derechos humanos y además en su reconocimiento en diferentes instrumentos de carácter internacional.

5. CONCEPTO DE POLÍTICA CRIMINAL.

La idea de conceptualizar la política criminal, no tiene otro afán, que el afirmar un sustrato básico, para la explicación en cuanto a la función que debe desarrollar la misma, este nivel conceptual, permitirá sentar las bases sobre el cometido que se le asigna –y se le ha circunscrito– a tal disciplina; huelga decir que limitaremos quizá demasiado discrecionalmente las referencias conceptuales, pues la brevedad de este estudio y lo copioso de este tópico impide una mayor amplitud, sin embargo las nociones que se elegirán permiten colmar la finalidad que requiere este apartado.

Para Kleinschrod a quien se señala –no de forma como el fundador de la definición “Kriminalpolitik” ésta “Es el conocimiento de aquellas medidas que el legislador puede y debe hallar según la especial disposición de cada Estado para impedir los delitos y proteger el derecho natural de sus súbditos” ¹⁵⁵ .

153. En tal sentido se expresa MUÑOZ CONDE Francisco “Introducción al Derecho Penal”. Editorial Bosch. Barcelona. España. 1975 p. 131.

154. En tal sentido se ha dicho: “El logro de la unidad de las ciencias criminales mediante la concepción integradora de las áreas especializadas, el intercambio continuo de los planteamientos y conclusiones, y el paralelismo sistemático de todas las disciplinas parciales, constituye una tarea de gran importancia. Sólo la más estrecha y organizada colaboración permite confiar en que el Derecho Penal y la Criminología, con sus ciencias afines, puedan dar respuesta adecuada a los problemas actuales de un orden social sometido a rápido cambio. JESCHECK Hans-Heirich “Tratado de Derecho penal” 4º edición... op. cit p. 35.

155. LISZT Franz von “Tratado de derecho Penal”. Traducido de la 20ª edición alemana, por Luis Jiménez de Asúa, con adiciones de Quintiliano Saldaña. Tomo Segundo. Segunda edición. Editorial Reus. Madrid. España 1927. p. 47.

Para Feuerbach la política criminal es “La sabiduría legisladora del Estado o la ciencia política de legislar”¹⁵⁶; aunque también la definió como “el conjunto de métodos represivos con los que el Estado reacciona contra el crimen”.

Para Carl Stoops –a quien se señala como precursor de las medidas de seguridad– la política criminal consistía en “La reforma regular de la legislación penal, en provecho del bien común. Política criminal es Política de legislación penal”¹⁵⁷.

Liszt entendió en su obra *Función de la Política criminal* que esta consistía en: “El contenido sistemático de principios –garantizados por la investigación científica de las causas del delito y de la eficacia de la pena– según los cuales el Estado dirige la lucha contra el delito por medio de la pena y de sus formas de ejecución”¹⁵⁸. El mismo autor posteriormente la definía como: “Conjunto sistemático de principios según los cuales deben organizar el Estado y la sociedad la lucha contra el crimen”¹⁵⁹.

Para Zipf la política criminal es la “obtención y realización de criterios directivos en el ámbito de la justicia criminal”¹⁶⁰.

Velásquez señala que desde una perspectiva vasta, la política criminal debe entenderse como: “política jurídica en el ámbito de la justicia penal”; y desde una visión restrictiva es “la disciplina que se ocupa de cómo configurar el derecho penal de la forma más eficaz posible para que se pueda cumplir con su tarea de protección de la sociedad; se fija, por ello, en las causas del delito e intenta comprobar la eficacia de las sanciones penales, pondera los límites hasta donde puede extenderse el legislador el derecho penal para coartar lo menos posible la libertad y las garantías ciudadanas; además discute cómo deben redactarse los tipos penales de manera correcta, y comprueba si el derecho penal se halla construido de tal manera que pueda ser verificado y realizado en el proceso penal”¹⁶¹.

Bustos la define como “aquel aspecto del control que tiene relación con el poder del Estado para caracterizar un conflicto social como criminal”¹⁶².

Para Delmas-Marty la política criminal “es el conjunto de métodos por medio de los cuales el cuerpo social organiza la respuesta al fenómeno criminal”¹⁶³.

Binder la define como “El conjunto de decisiones, instrumentos y

156. FEUERBACH Paul Johann Anselm Ritter von “Lehrbuch des gemeinen in Deutschland Gültigen peinlichen Rechts Giessen 1847 p. 23 así citado por LANGLE Emilio “La Teoría de la Política Criminal” Reus. Madrid. España. 1927 p. 17 a 18.

157. STOOCS Carl “Betrachtungen über Kriminalpolitik. En Archiv für Kriminal-anthropologic und Kiminalistik XIV, p. 203. Así citado por LANGLE Emilio “La Teoría...” op. cit. p. 18.

158. LISZT Franz von “Tratado de Derecho Penal”. Tomo segundo... op. cit. p. 56.

159. Ver “Nociones de Política Criminal” originalmente “La notion de la politique criminelle. Comunicación al congreso de Derecho comparado de Paris, 1900. Procés-verbaux des Seances et documents, tomo II, p. 533

160. ZIPF Heinz “Introducción a la Política Criminal”. Traducción de Miguel Izquierdo Macías-Picavea. EDERSA. Madrid. España. 1979, p. 4.

161. VELÁSQUEZ V. Fernando “Derecho Penal”. Parte General. Tercera edición. Editorial. Temis. Santa Fe de Bogotá. Colombia. 1997, p. 33.

162. BUSTOS RAMÍREZ Juan, HORMAZÁBAL MALARÉE Hernán “Lecciones de Derecho Penal...” op. cit. p. 29.

163. Confrontar DELMAS-MARTY Mireille “Modelos Actuales de Política Criminal”. Traducción de Marino Barbero Santos. Colección Temas Penales. Serie A N° 4. Centro de Publicaciones. Ministerio de Justicia. Madrid. España. 1986, p. 19.

reglas que orientan el ejercicio de la violencia estatal (coerción penal) hacia determinados objetivos”¹⁶⁴.

Para Larrauri la política criminal desde una perspectiva integradora significa: “Las decisiones sobre cómo las instituciones del Estado responden al problema denominado criminalidad (delincuente, víctima, delito) y a la estructuración y funcionamiento del sistema penal (agentes de policía, derecho penal, sistema de justicia penal e instituciones de castigo)”¹⁶⁵.

Por nuestra parte no pretendemos dar un concepto de política criminal, pero si introducir la reflexión partiendo de las nociones precedentes, en el sentido que la aludida disciplina es en principio una actividad de gobierno, por ende una expresión de poder, por lo tanto un instrumento para ejercer la coerción estatal, y por ello es productora de violencia; que a partir de estas ideas no se constituye precisamente en una ciencia, pero si es parte de los modelos políticos que se impulsan por el Estado; que tiene intrínsecamente un carácter relativista, y que dentro de otras manifestaciones en el tejido social, correctamente entendida debe orientarse –de entre otras funciones– a la revisión crítica de toda la legislación punitiva, teniendo en cuenta no solo criterios sistemáticos sino también empíricos –auxiliándose de otras disciplinas– para resistir el fenómeno delictivo de manera verdaderamente eficaz, respetando el marco de principios constitucionales que sirven de límite –y también de directriz– para el ejercicio del ius puniendi.

6. FUNCIÓN DE LA POLÍTICA CRIMINAL.

El área en la cual se desarrolla la política criminal es compleja, pues constituyendo ésta intrínsecamente una modalidad de las políticas de Estado¹⁶⁶, su radio de amplitud es extenso –se le considera parte de la política general del Estado– y puede abarcar diversas esferas de la realidad¹⁶⁷. Esto lo aclaramos, pues la función de la disciplina aludida que delimitaremos, estará referida básicamente en relación con la dogmática jurídico penal, esta afirmación no pretende ocultar la realidad de que la política criminal, en sus múltiples manifestaciones es un instrumento de control, incluso de dominación, y que puede dirigirse tanto a ámbitos previos y remotos del delito, como a las conductas desviadas conceptualizadas en ese nivel, sin embargo estas cuestiones de las cuales estamos

164. BINDER Alberto M. “Política Criminal”. De la formulación a la praxis. AD-HOC. Buenos Aires. Argentina. 1997, p. 42

165. Así LARRAURI PIJOAN Elena “Fundamentos de Política Criminal” en Ciencias Penales. Monografías. Consejo Nacional de la Judicatura. Escuela de Capacitación Judicial. San Salvador. El Salvador. 2000, p. 13.

166. Entendemos el término “política” en el sentido que lo puntualiza Besson, como formas de intervención del poder que constituyen procedimientos de ordenación y dirección. BESSON Waldemar citado por ZIPF Heinz “Introducción a la Política...” op. cit. p. 4.

167. Ver MORENO HERNÁNDEZ Moisés “Dogmática Penal y Política Criminal en “La Ciencia Penal y la Política Criminal en el Umbral del Siglo XXI. Coloquio Internacional. Instituto Nacional de Ciencias Penales. México. D.F. 1996, p. 31.

conscientes, no pueden ser abordadas en amplitud en el presente artículo, por lo que bastara la reseña, que se esboce en párrafos subsecuentes.

Dicho lo anterior conviene diferenciar de la política criminal –que tiene un marco de mayor amplitud– la denominada política penal, que se expresara en las decisiones que el poder político asume, como formas de control social normativo de carácter general y altamente formalizado en toda su estructura, que a su vez constituye el denominado sistema penal¹⁶⁸. Esta distinción entre política criminal y política penal, es lo que –siguiendo los principios rectores de Naciones Unidas– se nomina como política criminal en sentido amplio y política criminal en sentido estricto ¹⁶⁹.

En el contexto que se viene enmarcando, también se ha señalado la distinción que media entre política criminal práctica y política criminal teórica, la primera se sitúa como la totalidad de labores empíricas que tienen por objeto la evitación del delito, y por ende la protección de las personas; la segunda hace referencia al saber racional que debe informar a la actividades político-criminales practicas, dándole un sentido de autocontención ¹⁷⁰. Pues bien, en esa tarea de evitar el delito la política criminal se estructura en las denominadas:

➤ que son aquellas que se dirigen a la evitación de los orígenes del fenómeno delictivo, en su más amplio espectro y se consideran las más eficaces, pues se extienden a estructuras económicas, sociales, culturales, educacionales, familiares, de valores religiosos o morales etc.;

➤ que es una actividad disuasoria normativa, pues se pretende la abstención de conductas delictivas mediante mecanismos intimidatorios, respecto de quien comete el delito y respecto de los espectadores sociales;

➤ que esta vinculada ya específicamente a los diferentes modelos del tratamiento y que pretenden evitar la reincidencia

168. El sistema penal es en palabras de Zaffaroni el conjunto de medidas de control social de carácter penal que a su vez abarcan diversos subsistemas. ZAFFARONI Eugenio Raúl "Sistemas Penales y Derechos Humanos en América Latina". De Palma. Buenos Aires. Argentina. 1981, pp. 7 y ss.

169. Cuando se alude a la política criminal en sentido estricto se hace referencia a "la política específica dirigida al sistema de justicia penal con sus componentes tradicionales de legislación penal, policía, poder judicial y sistema penitenciario". En cambio la política criminal entendida de manera amplia se enmarca en "La totalidad del sistema del control social (no sólo el sistema penal) e intercepta con otras áreas de la política estatal, particularmente del sector social, tales como salud, vivienda, educación y trabajo, con su incidencia en la prevención primaria de la criminalidad y en la mayor o menor frecuencia de determinadas formas delictivas". CARRANZA Elías "La interrelación de la Ciencia Penal con la Política Criminal" en "La Ciencia Penal y la Política Criminal en el Umbral del Siglo XXI. Coloquio Internacional. Instituto Nacional de Ciencias Penales. México. D.F. 1996, p. 51.

170. En ese sentido ver SILVA SÁNCHEZ Jesús-María "Política Criminal y Persona" .. op. cit. p. 21; también formulando esta distinción entre una actividad eminentemente científica en su relación con la sistemática jurídica y otra función propiamente práctica en cuanto control del crimen KAISER Günther "Criminología". Una Introducción a sus fundamentos científicos. Traducción de la segunda edición alemana por José Belloch Zimmermann. Espasa-Calpe. Segunda edición. Madrid. España. 1983, p. 60.

delictiva.

Bajo el riesgo de ser muy parcos, se podría considerar que la política criminal tiene en el marco preanunciado, esencialmente la finalidad de ser un instrumento de contención del fenómeno de la criminalidad, y para ello es oportuno destacar, la función crítica que de las normas penales debe verificar tal disciplina; pero entendiendo que también la dogmática penal hace aportes importantes a las decisiones político-criminales ¹⁷¹, sin embargo, debemos al menos indicar que en esa tarea, la política criminal debe para cumplir eficazmente su cometido, interrelacionarse con otras disciplinas, para tener una visión global y no reduccionista del problema social que significa el crimen.

Desde la perspectiva anunciada, nos parece muy ilustrativa y actual, la misión que le asigna cierto sector de la doctrina, señalando que la política criminal se vincula de manera esencial respecto de la dogmática a aspectos como:

• incluso proponiendo nuevas instituciones sobre el reforzamiento de tutela de los bienes jurídicos más trascendentes;

• cumpliendo una función teleológica, lo cual es admitido siempre que se mantenga en el límite del mandato de certeza, el cual es irrebalsable en cuanto signifique un perjuicio para los justiciables, sin embargo se señala que tal límite, es franqueable siempre que en el marco de su fin se aplique

es por ello que según los aportes de esta disciplina y otras en conjunto, es posible trazar posteriormente estudios serios y con contenido científico, sobre la trascendencia del sistema de normas penales, y proponer su reforma ¹⁷³ respetando para ello los principios fundamentales, que informan a una correcta política criminal en el Estado de Derecho ¹⁷⁴.

171. En el marco de esta especial interrelación entre dogmática y política criminal se ha dicho: "Se establece de esta manera un proceso de retroalimentación entre dogmática penal y política criminal, haciéndose posible la existencia entre ellas de vasos comunicantes, con mayor o menor fluidez, dependiendo de la cercanía. Como dice Roxin, ambas esferas tienen que compaginarse en una síntesis. Así por ejemplo si en las decisiones políticas que corresponden al legislador, éste plasma en la legislación penal criterios racionales proporcionados por la dogmática. Que son los más adecuados político-criminalmente hablando desde la perspectiva de la Constitución, entonces se observara esa vinculación. Pero, para ello, el legislador debe estar consciente y convencido de haber elegido la mejor, la más consistente, construcción dogmática, cuyas subyacentes bases ideológicas se compaginen con la que debe regir la decisión política, la que en un Estado de derecho y democrático no debe ser otra que la que, a su vez, se corresponda con la de la Constitución". MORENO HERNÁNDEZ Moisés "Dogmática Penal y Política Criminal" en "La Ciencia Penal y la Política Criminal en el Umbral..." op. cit. p. 40.

172. Un ejemplo del rendimiento político criminal en esta dirección de minimizar la reacción estatal, puede verse respecto del principio de culpabilidad, en cuanto como límite a la actividad criminalizadora en el marco de las consecuencias, prohíbe traspasar mediante la sanción la proporción de la culpabilidad, lo cual sin embargo no es óbice para graduar por fines políticos criminales la pena por debajo del margen de culpabilidad. En tal sentido ROXIN Claus "Culpabilidad y prevención en el Derecho Penal". Traducción de Francisco Muñoz Conde. Reus. Madrid. España. 1981 pp. 44 a 47.

173. Sobre las funciones reseñadas confrontar LUZON PEÑA Diego-Manuel "Curso de Derecho Penal..." op cit. pp. 109 a 110.

Para finalizar esta parte, es oportuno señalar la visión que tiene Jescheck de la relación en cuanto función de la política criminal y la dogmática, la cual precisa de la siguiente forma que citamos literalmente por su conveniencia y claridad: “ Junto a la Dogmática jurídico-penal se sitúa, como parte de la Ciencia del Derecho penal, la política criminal. Esta se ocupa en primer término de la reforma del derecho vigente. De él arranca y asume también las conclusiones de la Dogmática jurídico-penal. Sin embargo apoya en los logros empíricos de la Criminología sus demandas para la mejora futura del Derecho en vigor. De esa forma la Política criminal actúa de puente entre la Dogmática jurídico-penal y la Criminología. No sólo en Alemania, sino así mismo en otras muchas partes del mundo el importante movimiento internacional para la renovación del Derecho penal ha producido una revolución favorable al pensamiento que actualmente se orienta hacia la prevención del delito mediante la eliminación de conflictos sociales, al reforzamiento de la conciencia jurídica del pueblo mediante sanciones juntas y humanas, y a la reinserción del delincuente en la sociedad” ¹⁷⁵.

7. MODELOS POLÍTICO-CRIMINALES.

En este apartado se abordaran a grosso modo, los modelos de política criminal que se han ido erigiendo a través del devenir de las ciencias penales, sin embargo, hay que puntualizar dos situaciones, la primera es que la vastedad de prototipos impide examinarlos todos, en tal sentido se expondrán las dos grandes vertientes sobre las cuales discurre actualmente el pensamiento penal; la segunda, es que el circunscribir un arquetipo determinado de política criminal a uno de los modelos que se indicaran, no significa amoldarlo en toda su extensión al mismo, sino que tal tipo de política criminal se ve influenciado más o menos notoriamente por esa visión.

Dicho lo anterior, debemos indicar, que los distintos modelos de política criminal son reconducibles a dos visiones del poder, la primera nos presentara un enfoque de política criminal autoritario¹⁷⁶, el segundo nos presenta una panorama liberal y democrático sobre la forma en que se construye el poder penal. El barómetro para medir si el modelo de política criminal, responde a una construcción autoritaria o liberal-garantista, es la constatación de en que grado, se maximiza o reducen los principios de dignidad, igualdad y libertad, respecto de la persona humana a partir de

174. Ver en este sentido MAURACH Reinhart, ZIPF Heinz "Derecho Penal". Parte General 1. Teoría general del derecho penal y estructura del hecho punible. Traducción de la 7ª edición alemana, por Jorge Bofill Genzch y Enrique Aimone Gibson. Editorial Astrea. Buenos Aires. Argentina. 1994 p. 52.

175. JESCHECK Hans-Heinrich "Tratado de Derecho Penal". Parte General. Cuarta edición... op. cit. pp. 36 a 37.
176. Sobre esta visión, que repasa modelos absolutos como el autoritarismo marxista, el fascismo nacionalista o integrista, el nacional socialismo ver DELMAS-MARTY Mireilla "Modelos Actuales de Política Criminal"... op. cit. ps. 32 a 36.

las decisiones político-criminales, siendo conexas a esta idea, la situación de en que intensidad, los modelos de política criminal limitan el ejercicio del poder estatal.

Así un modelo de política criminal que reconozca la dignidad de la persona como fin y no como medio, que potencia la libertad, entendida en su más amplio sentido frente a las finalidades coercitivas del Estado, que de una manera común, de predominio a la igualdad en cuanto a los sectores sociales y formas de persecución, y que reconozca límites para su actividad represiva, estará manejándose dentro de un modelo liberal-democrático, es decir compatible con un Estado constitucional. Por el contrario, un modelo erigido sobre la base de minimizar al hombre en su dignidad, de propalar la expansión del poder punitivo, reduciendo los ámbitos de libertad del ser humano y de promover selectivamente la persecución penal en virtud de etiquetamientos cualquiera que estos sean; y que pretenda cimentarse sobre poderes omnímodos que ambicionan ser irreductibles sin valladares a su expansión son modelos autoritarios¹⁷⁷.

En una rápida aproximación a nuestra legislación penal, podemos apreciar las opciones orientativas que informan al sistema penal y su reforma. Los nuevos códigos penales, vistos en un sentido sistemático —es decir como unidades funcionales interdependientes— se acercan bastante a la formulación de un derecho penal garantista o liberal¹⁷⁸, que emana directamente del marco político de la Constitución, es decir, en términos generales responde a una idea propia de un Estado liberal de Derecho¹⁷⁹. El movimiento reformista o contra-reformista se aleja del modelo constitucional, y se alza sobre la imagen de un modelo autoritario y absoluto que pretende ser ilimitado, sólo así se explica la expansión punitiva de amplio espectro —ya al estilo de guerra— que se impulsa al nivel de derecho penal de fondo, procesal y de ejecución. Dentro del marco señalado entre

177. En este sentido ver BINDER Martín A. "Política Criminal de la.." op. cit. pp. 35 a 37. Este mismo esquema entre una visión autoritaria que no reconoce límites y que es calificado como sustancialista, compatible con un derecho penal máximo, y una concepción garantista que se edifica sobre el axioma de un poder susceptible de ser limitado y controlado, esta vinculado a un derecho penal mínimo, así, un Estado que estructura su política criminal sobre un derecho penal mínimo o de reducido espectro, es calificado por un Estado de Derecho entendiéndose por éste: "un tipo de ordenamiento público y específicamente el penal, esta rígidamente limitado y vinculado a la ley en el plano sustancial (o de los contenidos penalmente relevantes) y bajo el procesal (o de las formas procesalmente vinculantes). Por el contrario el derecho penal máximo se dice es hijo predilecto de los Estados autoritarios, entendiendo que estos son "aquellos ordenamientos donde los poderes públicos legibus soluti o "Totales", es decir no disciplinados por la ley y por lo tanto carentes de límites y condiciones" En tal sentido confrontar: FERRAJOLI Luigi "Derecho y Razón", Teoría del Garantismo Penal. Traducción de Perfecto Andrés Ibañez y otros. Editorial Trotta. Madrid, España. 1997, pp. 103 a 104.

178. Entiendo por un modelo de política criminal liberal-democrático, que construye un derecho penal de la misma naturaleza, aquel que se enmarca en una correcta construcción del control del delito, sobre las bases de maximizar la libertad e igualdad como derechos fundamentales, y obviamente la limitación y control del poder penal del Estado, pero siempre y cuando esta visión se concrete en una realidad y trascienda de las declaraciones líricas a estilo de un Topos Uranus, a las cuales se pretende sojuzgar el Estado de Derecho, para disimular pseudo estados liberales, que no hacen practica la tradición con la cual se formó esta organización tras el movimiento ilustrado. Para un mayor panorama de esta construcción de la política criminal ver: DELMAS-MARTY Mireille "Modelos Actuales de Política Criminal"... op.cit. ps. 26 a 29.

179. Me parece pertinente la síntesis que de Estado liberal de Derecho propugna Díaz cuando señala como presupuestos de éste que: I) En el Estado haya imperio de la ley; II) Que en el Estado sea una realidad la división de poderes; III) Que en el Estado este sujeto en toda su actividad administrativa al principio de legalidad; IV) Que el Estado garantice la eficacia de los derechos y libertades fundamentales. Ver DÍAZ Elías "Estado de Derecho y Sociedades Democráticas". Editorial Taurus. Cuarta edición. Madrid. España. 1972, pp. 29 y ss.

política criminal autoritaria y liberal, pasaremos a la exposición de las direcciones específicas, la cual no tiene un carácter omnicomprensivo, sólo destacándose las corrientes más principales.

7.1. Dirección de Ley y Orden.

La visión de la política criminal, como catalizador de un derecho penal maximizado y orientado en términos alopáticos frente a la manifestación de la criminalidad, ha permitido impulsar la corriente de ley y orden, la cual sostiene que ante el fenómeno del aumento del crimen, debe responderse con un aumento de las sanciones penales, exacerbando tanto su radio de acción en cuanto a la incriminación de modalidades de conductas, como de las sanciones que para estas se prevén, es decir se preconiza como solución de los conflictos sociales, el endurecimiento de la respuesta punitiva en el siguiente orden: a) ante el aumento de la criminalidad, mayor severidad en las penas; b) ante nuevas formas de conductas que afecten la “tranquilidad o seguridad pública” nuevas incriminaciones delictivas con penas drásticas; c) ante la violencia del delito, instauración de penas irreversibles como la pena de muerte, de prisión perpetua o penas de prisión de largo alcance; d) Se utiliza un discurso de guerra o de combate frente al fenómeno de la delincuencia el cual se traslada al área normativa mediante reformas autoritarias; e) Se propugna la reducción de garantías básicas del Estado Constitucional de Derecho, llegando al fraude de la constitución.

En suma los problemas del cuerpo social para esta doctrina, deben enfrentarse sobre la base de un aumento de la legislación punitiva de amplio espectro, lo cual significa la expansión del derecho penal, no sólo en cuanto a la duración de las sanciones previstas, sino también en cuanto a la criminalización de las figuras, es decir se pretende resolver todo problema que se presenta mediante la actuación del derecho penal. Se apuesta por una profundización de la prevención especial negativa, hasta el ámbito de pretender la inoquización del ser humano, el hombre es considerada una “especie irredenta”, su eliminación se justifica bajo la consideración que el delito –y en este caso la persona que delinque– debe ser eliminada para que ya no vuelva delinquir. Se pretende al final una disminución del marco de garantías a todo nivel, derecho penal de fondo, procesal, de ejecución, prevención administrativa, con el pretexto de que estas sólo favorecen a la criminalidad. Al final, el problema –social– del delito, se presenta como una batalla entre buenos y malos con caracteres metafísicos, que debe ser conjurado mediante una “santa cruzada”. Ese es el panorama que la renovada orientación de ley y orden presenta y que tiene oscuros antecedentes ¹⁸⁰.

180. Se ha indicado con acierto, que del fundamento peligrista y de defensa social propio del positivismo más radical, nació la corriente de ley y orden, y su regeneración como modelo de política criminal actual, se ha derivado de las doctrinas de seguridad nacional, hasta converger a la corriente de “seguridad ciudadana”, por cierto, entendida como política de recortes de garantías. Ver TOCORA Fernando “Política criminal en América Latina”. Ediciones Librería del Profesional. Primera edición. Bogotá. Colombia. 1990, pp. 137 a 154.

7.2. Orientación Garantista de la Política Criminal.

Esta tendencia, parte de la idea que la política criminal, es un instrumento racional del poder para enfrentar el fenómeno de la criminalidad, como lo que es, un complejo problema social que debe ser abordado desde la perspectiva del Estado Constitucional, es decir entendida ya no como simple "política penal" de carácter punitivo, sino como instrumento real de transformación, no sólo institucional sino que también del tejido social, por lo cual, la reacción penal para que cumpla su fin debe ser utilizado como ultimo mecanismo, únicamente en aquellos casos en que las particularidades completas del conflicto, hagan absolutamente necesaria la intervención punitiva, bajo ese panorama de acción, se formula una opción político criminal que tenga como presupuestos: a) El respeto absoluto por la dignidad del ser humano, el cual no puede ser mediatizado para fines estatales; b) la opción de criminalizar sólo aquellas conductas en la medida que afecten o representen un peligro real para bienes jurídicos cimentados sobre la persona humana; c) el respeto absoluto al principio de culpabilidad, el cual debe funcionar como limite para la prevención general negativa o positiva, como para la prevención especial positiva; c) la vigencia estricta del principio de legalidad; d) la adopción de un derecho penal de mínima intervención; e) el desarrollo de políticas idóneas de prevención en áreas sociales, culturales, educacionales, económicas y la incorporación de alternativas de sanción de carácter administrativo o civil; f) la limitación del poder penal, en el sentido que la producción de violencia estatal sea la mínima, y que sea altamente formalizada o institucionalizada, es decir controlable en sus aspectos primarios, secundarios y terciarios; g) la vigencia plena del sistema de garantías constitucionales.

Un modelo apropiado de política criminal garantista, sobre la base de un derecho penal mínimo, es el que propone Ferrajoli, con unos presupuestos que deben en cualquier clase de persecución delictiva considerarse irreductibles, pues sólo de esa manera quedara legitimado desde el punto de vista interno el ejercicio del ius puniendi, tal moldura garantista el insigne profesor italiano la vierte sobre un decálogo gradual, sin el cual el ejercicio del poder penal no corresponde a un estado de Derecho; de ahí que: no pueda haber pena sin crimen, crimen sin ley estricta, ley penal si no hay necesidad de protección de un interés jurídico, necesidad de protección si no hay lesión o peligro para los bienes jurídicos, no hay lesión sino hay conducta, no hay conducta sin culpabilidad, nadie es culpable sin juicio, no hay juicio sin acusación, no hay acusación si no hay pruebas que la fundamenten, y las pruebas no son legítimas sin defensa que las contradiga ¹⁸¹.

181. FERRAJOLI Luigi "Derecho y Razón" Teoría... op. cit. p. 93.

8. CONSECUENCIALISMO Y PRINCIPIALISMO.

Este apartado es una síntesis de las actuales tendencias entre derecho penal y política criminal, con ello queremos dejar vislumbrado que la elaboración del derecho penal persigue metas concretas, lo cual es aplicable a toda la elaboración normativa que siempre responderá a un telos definido, para el caso del derecho penal se le requiere –dicho muy genéricamente– a que coadyuve a preservar la convivencia pacífica y armoniosa de la organización social.

8.1. Orientación a las Consecuencias.

El consecuencialismo no es otra cosa que el derecho penal orientado a las derivaciones empíricas que produce, es decir es una visión de un derecho penal instrumental, por el cual se producen ciertos efectos queridos y dejan de manifestarse otras consecuencias que se quieren evitar ¹⁸². En tal sentido, la denominada orientación a las consecuencias no sólo debe entenderse como mero “utilitarismo” pues también acoge en su original versión alemana “zweckrational” o “racionalidad instrumental deliberada” ¹⁸³ –según lo informa Weber– un componente sustancial de naturaleza valorativa. De ahí que, los aspectos utilitaristas que se devienen del conocimiento empírico, se refundan con los axiomas normativos que sirven como elemento de contención. Así, el consecuencialismo no sólo debe catalogarse como fines instrumentales de control, sino también como asunción sistémica de determinados valores, que para ser validos deben estar fundados en los derechos humanos y en aquellos derechos primarios reconocidos con rango constitucional.

Lo dicho hasta acá mueve a afirmar, que un derecho penal consecuencial, es un derecho teleológico ¹⁸⁴, es decir dirigido a fines político-criminales ¹⁸⁵, que se ven orientados por los fines de la sanción,

¹⁸². Así expresamente Hassemer quien desde una perspectiva sociológica indica que: “La orientación de las decisiones jurídicas en base a sus consecuencias es una característica de los modernos sistemas jurídicos y caracteriza también al Derecho Penal. Con ello se ha querido expresar que la legislación y jurisprudencia están interesadas en las consecuencias fácticas de su actuación y que justifican (legítiman) sus comportamientos en la producción de los resultados deseados y en la evitación de aquellos que se rechazan”. HASSEMER Winfried “Fundamentos de derecho Penal”. Traducción y notas de Francisco Muñoz Conde y Luis Arroyo Zapatero. Bosch. Barcelona. España. 1984, pp. 34 a 35.

¹⁸³. Confrontar en tal sentido SILVA SÁNCHEZ Jesús-María “Política Criminal...” op. cit p. 35

¹⁸⁴. Con notoria claridad en este punto, sobre el análisis de los fines en la actual dogmática penal FERNANDEZ Gonzalo D. “El Proceso hacia la reconstrucción democrática de la culpabilidad penal” en AA. VV. “De las Penas”. Homenaje al Profesor Isidoro de Benedetti. De Palma. Buenos Aires. Argentina. 1997 p 228 a 229.

¹⁸⁵. Así Roxin quien indica “El avance consiste sobre todo en que se sustituye la algo vaga orientación neokantiana a los valores culturales por un criterio de sistematización específicamente jurídico-penal: las bases político-criminales de la moderna teoría de los fines de la pena” ROXIN Claus “Derecho Penal”. Parte General... op. cit. p. 203; el mismo autor al principio de su labor científica, respecto de la materia había sostenido que: “El derecho penal es más bien la forma en la que las finalidades político-criminales se transforman en módulos de vigencia jurídica. Si se estructura la teoría jurídica del delito en este sentido teológicamente desaparecerán las objeciones que se formulan contra la dogmática abstracto conceptual proveniente de los tiempos positivistas. Una desvinculación entre construcción dogmática y exactitud político-criminal es, desde un principio, imposible y también pierde su sentido el voluble procedimiento de aprovecharse de la rivalidad entre la labor criminológica y la dogmática jurídico-penal: pues el transformar los conocimientos criminológicos en exigencias político-criminales y éstas a su vez en reglas jurídicas de lege lata o ferenda, es un proceso, cuyos estadios concretos son de igual manera importantes y necesarios para el establecimiento de lo socialmente justo. Tal penetración de la Política criminal en el ámbito jurídico de la ciencia del Derecho penal no conduce tampoco a un abandono o a una

y que a partir de los mismos permea todo el sistema, permitiendo constatar en el campo empírico lo que a nivel dogmático se ha propuesto, ello soslaya por una parte la posibilidad de un averroísmo científico, sin que sufra mengua el ámbito dogmático que por supuesto debe mantener su estructura nuclear garantista, propia de un Estado de Derecho; así lo entiende Cadavid cuando dice: “Así de la construcción del sistema del derecho penal dominante en la actualidad puede decirse que se fundamenta, de manera explícita por lo menos, sobre una serie de opciones valorativas, y no sobre la constatación de estructuras ontológicas que cumplan un papel determinante en cuanto límite de la libertad de regulación del legislador. Ello no significa que, correlativamente, éste sea titular de una libertad absoluta al legislar: las opciones valorativas que se van adoptando limitan su capacidad de regulación en los ámbitos relacionados con ellas. Así por ejemplo, la adscripción a un modelo de Estado de caracterización fundamental democrática, limita la capacidad de regulación y de estructuración de un esquema de control penal que pudiera resultar irrespetuosa de los derechos humanos, entendidos de manera amplia, como valores y límites que orientan toda la actuación estatal” ¹⁸⁶

Como se dijo al principio, esta relación de derecho penal y política criminal, actualmente no es rechazada por el grueso de la doctrina, empero tal vinculación debe ser cuidadosamente examinada, por que la orientación a las consecuencias, no debe ser exacerbada bajo el pretexto de legitimar la instrumentalidad “eficaz” del derecho penal y de la pena, para garantizar un ambiente “puro” de delito. Es por ello que –entiendo– que deben ser rechazadas las visiones que enfocan las tesis consecuencialistas como puro “utilitarismo”, pues la predicha orientación político-criminal del derecho penal, reconoce confines valorativos los cuales también son llamados bajo otro modelo de análisis, como justificaciones del derecho penal de legitimación interna ¹⁸⁷.

Sobre las posturas consecuencialistas, esta debe ser entendida en su justa dimensión, lo cual significa un derecho penal justificado, por la protección necesaria que dispensa a los bienes jurídicos del ser humano, y que en la realidad en su constatación no debe representar un ejercicio innecesario de violencia estatal, ello por que la norma no puede justificarse por si misma, es decir de manera autopoietica, y debe ser valorada en cuanto a las consecuencias que generará en la realidad, tanto las queridas

relativización del pensamiento sistemático, cuyos frutos en la claridad y seguridad jurídica son irrenunciables; por el contrario las relaciones internas de un sector jurídico, que sólo puede radicar en lo normativo, son puestas de relieve más claramente por un sistema teleológico que por uno deducido de abstracciones o axiomas”. ROXIN Claus “Política Criminal y Sistema del derecho Penal”... op. cit. p. 101 a 102.

186. CADAVID QUINTERO Alfonso “Introducción a la Teoría del Delito”. Especial consideración a los fundamentos del delito imprudente. Biblioteca Jurídica DIKE. Medellín. Colombia. 1998, pp. 36 a 37.

187. Así se indica: Por legitimación interna o legitimación en sentido estricto entiendo por el contrario la legitimación del derecho penal por referencia a los principios normativos internos del ordenamiento jurídico mismo, esto es, a criterios de valoración jurídicos o si se quiere intra-jurídico. FERRAJOLI Luigi “Derecho y Razón”... op. cit. p. 213.

como las no queridas; en este punto, el teleológismo penal debe vincularse necesariamente no sólo a los fines de la pena, sino a la teoría de protección de los bienes jurídicos que también es un límite para el consecuencialismo¹⁸⁸

La orientación a las consecuencias que pretende penetrar la formalidad de la norma, para constatar los efectos de ésta en el plano real –bajo una doble dimensión entre predecibilidad y empirismo– se nutre de la concepción de dañosidad social para construir los modelos penales, pero esta construcción, no debe ser entendida como un signo de expansión del derecho penal, al contrario, el fundamento de la dañosidad social tiene por finalidad, además de dispensar tutela sólo a aquellos bienes jurídicos que tienen relevancia penal, limitar el criterio de dañosidad de los bienes como mero formalismo; es decir, que al nivel de merecimiento abstracto o concreto, las conductas que afecten bienes en una relación estrictamente individual, y no comporten un plus de lesividad social, deben ser tratados fuera de la órbita del derecho penal, quedando bajo la tutela de otras zonas del ordenamiento jurídico¹⁸⁹. Los criterios que permitan superar una visión formalista del derecho, reconocen, la íntima vinculación que existe entre sistemática, política criminal y criminología.

Sin embargo –como lo hemos insistido– esta visión no debe representar desde fines prácticos, la reducción en algún sentido del núcleo de principios y garantías que informan a la dogmática jurídico penal, estas son irreductibles, no obstante las conveniencias pragmáticas que podrían originarse de los fines político-criminales y criminológicos¹⁹⁰. No obstante, debe considerarse que la admisión de un derecho penal orientado a las consecuencias en la actualidad¹⁹¹, debe ser asumido con mesura, para no pervertir esta orientación en su versión originaria a finalidades puramente eficientistas, bajo cuyo ropaje se pretende exacerbar las consecuencias

188. En ese sentido respecto de la visión de la orientación a las consecuencias en una categoría específica de delito POLITOFF L. Sergio y MATUS Jean Pierre "Objeto jurídico y Objeto Material en los delitos de Trafico Ilícito de Estupefacientes". en Tratamiento Penal del Trafico Ilícito de Estupefacientes. Estudios de dogmática y jurisprudencia. Coordinadores Sergio Politoff L. y Jean Pierre Matus. Editorial Jurídica Conosur. Santiago de Chile. 1998, pp. 6 a 7.

189. Respecto al criterio de dañosidad social se dice: "La doctrina penal de los últimos tiempos ha transformado consecuentemente la concepción del bien jurídico en una teoría de la dañosidad social. Con ello se ha marcado las más importantes orientaciones de la política criminal. En primer lugar, se pone de manifiesto que la teoría y la praxis del Derecho penal no pueden prescindir de las ciencias sociales y que, más allá del Derecho penal, se han de tomar en cuenta las necesidades e intereses del sistema social. En segundo lugar se esclarece que no toda lesión de un interés humano (bien jurídico) exige una reacción mediante el derecho penal, sino tan solo aquellas que, además presenta el carácter de socialmente dañosa, es decir que en sus efectos lesivos va más allá del conflicto entre autor y víctima y del daño individual que esta última sufre. En tercer lugar exige al legislador penal que disponga de conocimientos empíricos y que los aplique en la formulación de las conductas punibles y en la previsión de las consecuencias jurídicas". HASSEMER Winfried "Fundamentos del Derecho Penal"... op. cit. p. 38.

190. Esta visión de limitación del consecuencialismo, en el sentido que no debe responder a cuestiones meramente utilitarias, sino también a planos axiológicos como el criterio de justicia –es puesta de manifiesto por Hassemer– entratándose del merecimiento de pena, respecto de la construcción del bien jurídico como interés jurídico penal al considerar que: "El merecimiento de pena es, desde un punto de vista políticsocial, un elemento central del concepto de conducta criminal y tiene un doble componente: un componente de justicia y otro puramente utilitario. Ambos componentes tienen que ser acumulativamente afirmados antes de que el legislador penal pueda hablar de criminalidad y actuar en consecuencia". HASSEMER Winfried, MUÑOZ CONDE Francisco "Introducción a la Criminología..." op. cit. p. 66.

191. Así HASSEMER Winfried, MUÑOZ CONDE Francisco "La Responsabilidad Penal por el Producto en Derecho Penal". Tirant lo Blanch. Valencia. España. 1995, p. 16

jurídicopenales ¹⁹² abanderadas bajo la consigna que el derecho penal, es un “remedio eficaz” para la vida de riesgos y los problemas de seguridad que se plantean en estos últimos lustros. Una concepción de la orientación a las consecuencias en tal sentido, lejos de ser un regulador del poder penal, expande su ámbito de acción de manera desproporcionada e ilegítima, tanto respecto de las áreas a las que se designa su protección, como a la respuestas sancionatorias que brinda, alejándose del control y legitimación que le corresponden a una visión del derecho penal en un Estado de Derecho.

8. 2. Principialismo Penal.

La orientación que se acaba de comentar, debe considerarse además desde la perspectiva garantista, la cual se centra en la importancia de la orientación principialista, como límite respecto de los excesos que se pueden derivar del consecuencialismo. El principialismo como doctrina, no es otra cosa que una renovada visión de la persona humana, como centro de la actividad del Estado, y del conjunto de principios y garantías que a partir de ese enfoque político-filosófico se erigen como límites al poder estatal. Dichos fundamentos provienen del pensamiento ilustrado para contener el arbitrio del Estado Absolutista; y aquella antigua visión se mantiene inalterable, pues aunque los modelos de Estado han cambiado, el poder se mantiene como característica fundamental de la organización estatal.

De acuerdo con esa visión, y teniendo en cuenta que en el actual estado de cosas campea un derecho penal instrumental, es importante mantener la base principialista en la cual se funda todo el sistema penal occidental, erigido sobre principios políticos-filosóficos inalterables en su esencia, y por naturaleza restrictores del poder estatal, tal como se ha reconocido de lege lata y ferenda por todo el constitucionalismo que lo ha elevado al rango de instrumento real de contención y que constituye a su vez modelo rector de cualquier actividad político criminal.

Precisamente, el apoyo principialista a los aspectos axiológicos, ha sido cuestionado desde planos sustancialistas, que redimensionan los valores únicamente en cuanto se pretenden que sirvan a los fines del sistema social, vaciándolos de sus contenidos materiales y clásicos, y aceptándolos sólo y en cuanto sean útiles a la actividad sistemática; sin embargo, tal mediatización es ya en extremo peligrosa respecto de la

192. Indica en tal sentido el maestro de Frankfurt del Main que: “También la orientación a las consecuencias clásicamente entendida como un criterio complementario para una correcta legislación, se ha convertido en el moderno Derecho penal en una serie de características y en la meta dominante marginando de la política jurídico-penal los principios de igualdad y de retribución justa del delito”. HASSERMER Winfried, MUÑOZ CONDE Francisco “La Responsabilidad Penal por el Producto...” op cit. p. 25.

centralidad del hombre en relación al Estado, pues se desplaza, al fin por los medios, el hombre interesa entonces, en cuanto sea útil al Leviathan o a la sociedad, o al bien común, o al interés público, o al sano sentimiento del pueblo, o al interés proletario, o a la seguridad ciudadana etcétera. Bajo ese discurso de la protección y la seguridad de todos, se han permitido, potenciado y justificado las peores barbaries que contra el hombre ha conocido la humanidad, por lo que cualquier doctrina que pretenda reducir el valor intrínseco del ser humano como tal, deben ser cuestionadas.

Con lo anterior se indica que un correcto modelo consecuencial, debe por una parte orientarse hacia la prevención del delito, pero dentro del marco de absoluto respeto a los derechos y garantías fundamentales del ser humano. Es decir, un modelo absoluto en términos consecuenciales de prevención eficaz del delito —como criterios políticocriminales empíricos— no es aceptable en un Estado de Derecho, que reconoce que cualquier manifestación del poder estatal, y con más intensidad la manifestación del mismo tiene límites irreductibles, ello indica la adopción de una política criminal valorativa y principialista¹⁹³. Así pues, la política criminal sustentada en el principialismo, reconoce una vinculación entre tal disciplina y la dogmática penal, pero reconociendo límites que se originan desde ámbito valorativo, los cuales no pueden ser reducidos por fines políticocriminales¹⁹⁴; ello indica que, aunque se acepte que el derecho penal y la teoría del delito pueden construirse desde perspectivas teleológicas, ello no significa una renuncia al Estado Social y Democrático de Derecho, es decir a la visión principialista¹⁹⁵.

9. POLÍTICA CRIMINAL Y PRINCIPIOS FUNDAMENTALES DEL DERECHO PENAL.

En un Estado constitucional de Derecho, es innegable sostener que las decisiones que se adopten a nivel de política criminal, estarán limitadas por una serie de principios rectores, organizados en la más alta jerarquía del orden normativo, que son los grandes postulados que rigen la organización política y jurídica de cada sociedad, los cuales no pueden ser rebasados por decisiones político- criminales, aunque estas tengan un

193. I Así Roxin al considerar que: "pero lo que está superada es la hipótesis de que en esa tensión se expresa una contraposición entre política criminal y Derecho penal: pues el principio "nullum crimen sine lege" es un postulado políticocriminal no menor que la exigencia de combatir con éxito el delito; y no sólo es un elemento de prevención general, sino que la propia limitación jurídica del ius puniendi es también un objetivo importante de la política criminal de un Estado de Derecho". ROXIN Claus "Derecho Penal" Parte General... op. cit. p. 224.

194. Ver en tal sentido SCHÜNEMANN Bern "La Política Criminal y el Sistema de Derecho Penal. Traducción de Margarita Martínez Escamilla. En Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales. Madrid. España. 1991 pp. 693 y ss.

195. Una imagen del Estado Constitucional de Derecho, bajo el modelo principialista, en materia penal la expone Palazzo al indicar que: "En fin, es recordado el movimiento que se propone adecuar los contenidos del Derecho penal y, entonces, las elecciones de política criminal los valores sociales afirmados por la Constitución (constitucionalización del Derecho penal), en armonía, también con el llamado principio de ultima ratio". PALAZZO Francesco "Estado Constitucional de Derecho y Derecho Penal" traducción de Vanna Andreini en "Teorías Actuales del Derecho Penal". Editorial AD-HOC. Primera edición. Buenos Aires. Argentina. 1998, p. 178.

amplio sentido utilitarista y efectivista. Estos principios de rancio abolengo en las sociedades demoliberales, son una medida respecto de los excesos del poder, tanto los reales como los virtuales, es decir operan en un ámbito formal como material, por un lado previniendo los abusos del poder, por el otro extirpando los efectos de los mismos cuando han acaecido.

9.1. Noción y Función de los principios:

La configuración de principios en todo orden de las ciencias del espíritu, alude a la necesidad de estructurar el conocimiento sobre la base de enunciados principales o rectores, con carácter de veracidad y certeza, son en tal sentido como se ha dicho “verdades fundantes”¹⁹⁶, a partir de las cuales se construye todo el sistema de cada área del saber. En el ámbito normativo, estos principios son el eje central de toda la producción de la ley, y su adopción es el fruto histórico de las luchas del hombre, por asegurar los márgenes de libertad y justicia que le son innatos; su reconocimiento ha discurrido desde su concepción iusnaturalista hasta la positivización en las cartas magnas de diversos Estados, así como en declaraciones y tratados internacionales.

En materia penal se ha dicho, que los principios generales son aquellos “axiomas fundamentales forjados por el hombre desde tiempo inmemorial que convertidos en patrimonio común de los pueblos civilizados, permiten orientar y encausar el derecho represivo por senderos de justicia y seguridad jurídica; posibilitando, además a un nutrido cuerpo doctrinal llevar este sistema de conocimiento al elevado grado de racionalización y sistematización teórica y práctica, con el cual cuenta en la actualidad”¹⁹⁷.

De la base conceptual predicha, es posible desentrañar la función de los principios, entendida como fuente de limitación para el ejercicio del poder, en este caso del penal, y es que a partir de la que los principios, es posible sustentar en el ámbito externo, ya los derechos fundamentales y los mecanismos que garantizan los mismos, para servir de valladar al poder criminalizador y sancionatorio del Estado en todo su significación, tanto en la producción normativa, como en cuanto a su interpretación y sistematización¹⁹⁸, desterrando la arbitrariedad y permitiendo la intervención racional del derecho penal a través de las orientaciones político-criminales.

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

197. Así VELÁSQUEZ V. Fernando “Derecho Penal”. Parte General... op. cit. p. 256.

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

10. LIMITES DE LA POLÍTICA CRIMINAL.

En este apartado, trataremos de abordar cuales son los límites de la política criminal, para ello es bueno evocar, que aunque reconocemos que entre dogmática penal y política criminal no hay un divorcio en el sentido lizsciano de tal concepción ¹⁹⁹, no por ello aceptamos que las orientaciones político-criminales carezcan de restricciones, al contrario, el reconocimiento que pueda hacerse de un derecho penal orientado a las consecuencias, encuentra su justo límite en el conjunto de principios que actualmente están acuñados desde el plano constitucional, y a partir de los cuales se fijan los confines que son irrebables a la actividad político criminal, en otras palabras, estamos afirmando que en virtud de ese marco principialista, la ~~la~~ resulta controlable mediante la actividad decisoria jurisdiccional, tanto en el plano del control concentrado de la constitucionalidad como en el denominado control difuso de la misma.

La función limitadora del poder estatal en general y del poder penal en particular, mediante el correcto uso de los principios que emanan de la carta política, ya ha sido reconocida por nuestro tribunal constitucional, al indicarse la preeminencia en el orden jurídico de los principios fundamentales que gobiernan nuestra organización como Estado. En este sentido se ha dicho magistralmente, que la Constitución es más que una ley superior, y que en consecuencia se vétrebra como cuerpo normativo a través de los principios rectores, que informan al constitucionalismo teniendo al hombre como centro y fin de toda la actividad estatal ²⁰⁰, obviamente que ante la majestad de tales axiomas, todo poder del Estado debe entenderse que no es absolutamente autárquico, aún entramándose del poder legislativo, y para recalcar tal límite, se recurrió por el alto

199. Sobre el tema en cuestión la visión que nos presenta Roxin es la siguiente: "Tradicionalmente se plantean dichas disciplinas más bien en una relación reciproca antagónica. El categórico aforismo de Liszt "El Derecho penal es la barrera infranqueable de la política criminal" sigue influyendo hasta hoy. Sin embargo esa conocida frase aparece en von Lizst como respuesta a la cuestión de si la "osada nueva construcción de la política criminal" introducida por la escuela sociológica del Derecho penal no tendría que llevar a derruir "ese despreciado edificio de intrincados conceptos que denominamos Derecho penal" y a sustituirlo por esta única frase "todo ser humano peligroso para la comunidad debe ser incoicuzado en intereses de la colectividad todo el tiempo que sea necesario" Y entonces Lizst por razones propias del Estado de Derecho liberal, opone frente a esa concepción la idea del Derecho penal como "Carta magna del delincuente" y como baluarte del ciudadano contra el "Leviatán del Estado". ROXIN Claus "Derecho Penal". Parte General ... op. cit. pp. 223 a 224. Una visión distinta de contenido político-filosófico, respecto del pensamiento de Lizst en cuanto a la relación escidente entre política criminal y dogmática penal puede verse en SILVA SÁNCHEZ Jesus-María "Política Criminal y Persona" op. cit. pp. 15 a 17.

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

tribunal a la célebre argumentación del Juez Marshall, en el sentido que la Constitución como norma suprema sojuzga a todos los poderes estatales²⁰¹.

Visto el panorama esbozado, podemos afirmar, que la labor estatal tendiente a la formulación de las normas penales, como actividad incriminadora de conductas punibles, tanto en su vertiente original, como en el proceso de reforma, las cuales responden a una de las funciones de la política criminal, debe respetar en cuanto producción normativa, el marco de los principios fundamentales que emanan de la Constitución, acrisolados ya como derechos y garantías primarias²⁰², tal respeto a ese núcleo esencial e irreductible, impone una actividad de control de las opciones político criminales, que en todo caso deben sujetarse al ámbito de la constitucionalidad, y de no ser así, deben ser conjuradas, mediante los mecanismos regulativos que la misma constitución ha dispuesto para su defensa, cuya tarea impostergable recae en la judicatura como garante de la constitucionalidad.

Así, si bien es cierto que se ha reconocido en el ámbito jurisprudencial constitucional, que la política criminal acuña como elementos –lo cual puede reconducirse a fines– la prevención del delito, la persecución del delito y de la impunidad; así como la rehabilitación del delincuente, no es menos cierto que tales metas se circunscriben, a que la actividad encaminada a dichos logros, en el área normativa se someta al cumplimiento exacto de la constitucionalidad y de la legalidad²⁰³. En suma, debe quedar claro, que la actividad legislativa que se traduce en la política criminal práctica en el plano normativo, no obstante gozar de amplia libertad configurativa, no debe ser entendida como una actividad arbitraria, irracional e ilimitada –por que de lo contrario se tiene un poder autoritario²⁰⁴– pues tal expresión

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

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

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

204. La noción de autoritarismo indica –según su sufijo ismo– exceso de autoridad, la cual se ejerce de manera despótica y altamente coercitiva; desde la noción política, los modelos autoritaristas, consideran a sus miembros no como ciudadanos con un cúmulo de derechos que deben respetarse y hacerse respetar por el Estado, sino que dichos gobernados se consideran meros súbditos, los cuales tienen una relación de sumisión incondicional respecto de quien ejerce el poder, así no media materialmente diferencia con la visión de una sociedad esclavista.

del poder, encuentra su justa limitación, en el marco de los principios constitucionales que emanan de nuestra carta política.

11. EL DERECHO PENAL EFICAZ.

El derecho penal moderno, vinculado a la idea de un derecho penal eficaz, es una propuesta política criminal clara, sobre una configuración punitiva que reduzca notablemente las garantías del derecho penal nuclear, tanto en su ámbito de derecho penal de fondo como el área procesal penal y de ejecución de las consecuencias jurídicas del delito ²⁰⁵. Se quiere entonces promover, tanto el ejercicio del ~~in~~ en cuanto al merecimiento del injusto y de la pena, y en cuanto a la persecución del delito, sobre principios clásicos del derecho penal, completamente vaciados de sus contenidos esenciales, para fomentar al “estilo de guerra” un combate efectivo contra el fenómeno del delito, con lo cual se requiere, que el esquema garantista sea una especie de principios dúctiles, que puedan ser permeados de manera bastante ilimitada, por las opciones políticas para enfrentar los principales problemas de la actualidad que se reconducen a cuestiones de seguridad ciudadana ²⁰⁶.

Diremos entonces, que esta renovada visión de un derecho penal radicalizado sobre opciones político criminales absolutas, presenta un derecho penal modernizado, sobre criterios eficientistas bajo los cuales, importa únicamente enfrentar la criminalidad al estilo manos libres, es decir lejos de todo el marco regulativo, que el mismo pensamiento ilustrado y liberal ha ido formando para prevenir los abusos del Leviathan frente al ciudadano. En suma, se trata de unas nuevas respuestas a “viejos problemas”, que ahora se enfocan sobre la visión de la sociedad de riesgos o en riesgos, que permisivamente, ante la mínima sospecha de algún peligro –aunque este sea muy remoto– adelanta completamente el marco punitivo, dando como respuesta un derecho penal de avanzadas, que entra a criminalizar estadios del delito, que tradicionalmente no han sido considerados objeto de una respuesta penal, con lo cual, se marca un claro retroceso, por que es obvio que en un derecho penal democrático, la intervención punitiva debe mantenerse como opción de ~~in~~

Este derecho penal eficaz, erigido sobre la corriente sociológica del riesgo presenta al menos las siguientes características esenciales: 1) Los problemas sociales que se presentan aún de manera larvaria, deben ser enfrentados desde el ámbito de lo punitivo. Es decir se tiene como

²⁰⁵. Sobre la formulación crítica del derecho penal moderno y las afectaciones que produce a la dignidad humana ver. PIRES Alvaro P. “La Línea Maginot en el Derecho Penal”. La protección contra el crimen versus la protección contra el príncipe. Traducción de Mary Beloff y María Laura Durandeu. “Nueva Doctrina Penal” 2001/A. Editores del Puerto. Buenos Aires. Argentina. 2001 ps. 94 a 96.

²⁰⁶. Con esa visión crítica y realista entre otros ver CHIRINO SÁNCHEZ Alfredo “Sobre los 30 años perdidos de las ciencias penales en Costa Rica” en “Delito, Autoritarismo y Estado”. Apuntes de derecho penal. Cuaderno n° 1. Editorial Jurídica Continental. San José. Costa Rica. 2002 p 33.

opción, la penalización como respuesta primaria; 2) Se pretende que los riesgos de lo social, es decir de la vida en comunidad se disminuyan y se resuelven con la intervención del derecho penal; 3) la propuesta del derecho penal moderno es reducir los riesgos mediante la intervención de las consecuencias penales; 4) La visión de la persona humana es la de un ser factorial de riesgos; 5) el desarrollo técnico en relación al hombre, es un factor notable de atribución de los hechos sucedidos, con lo cual los criterios de imputación se ven sensiblemente afectados. Con todo ello, se presenta al hombre como enemigo interno de lo social, y ese hombre esta visualizado sobre el prototipo del delincuente.

Obviamente, este derecho penal deshumanizado y exacerbado de manera intolerable, rebasa una visión racional del sistema penal orientado a las consecuencias, con lo cual se afronta el Estado Constitucional de Derecho, que se erige precisamente en el respeto a la dignidad humana, aunque se trata de una persona vincula a la criminalidad. En esto de la preservación de un verdadero Estado de Derecho, no se puede aceptar que el "Fin justifique los medios". De ahí que, estemos conscientes que es necesario enfrentar el fenómeno de lo criminal, y dentro de esa realidad delictiva, las actuales formas de criminalidad, pero ello debe hacerse, respetando los principios y garantías fundamentales que reconoce a toda persona sin distinción alguna nuestra Constitución, que como ya lo ha dicho la Sala de lo Constitucional se erige sobre un verdadero Estado Constitucional de Derecho, y aparte de éste marco supremo normativo, debe respetarse el derecho de los derechos humanos, en tal sentido, enfrentar la realidad del delito, no es pretexto para conculcar esta base normativa, que se impone por respeto a la dignidad de la persona humana.

12. LA VISIÓN DEL SISTEMA PENAL DESDE LOS PRINCIPIO FUNDAMENTALES.

Una visión importante dentro de todo el sistema penal normativo, es el reconocimiento de un marco de garantías penales mínimas, estos principios se derivan directamente del marco regulativo de la Constitución de la República, así como de los tratados internacionales suscritos por nuestro país, y como tales brocados son diversos, nos limitaremos a la enunciación de algunos de ellos, que para los fines de esta reflexión tiene más trascendencia.

Uno de los principios esenciales, por no decir el más emblemático de todos, es el principio de legalidad, de ahí que se reconozca fielmente dicho principio por el código penal en el artículo 1 CP ²⁰⁷, bajo cuya égida

207. El artículo 1 CP reza: "Nadie podrá ser sancionado por una acción u omisión que la ley penal no haya descrito en forma previa precisa e inequívoca como delito o falta, ni podrá ser sometido a penas o medidas de seguridad que la ley no haya establecido con anterioridad. No podrá configurarse delito o falta, ni imponerse pena o medida de seguridad por aplicación analógica de la ley penal".

es imposible incriminar penas o delitos, si estas no están previamente descritas en una ley que sólo puede emanar del poder legislativo, en consecuencia, se prohíbe la aplicación de normas penales de manera retroactiva, a menos que de la estructura normativa, se desprendan cuestiones favorables al imputado, en cuanto a la restricción de sus derechos fundamentales, sólo en la favorabilidad la norma puede ser retroactiva, de lo contrario si la prescripción normativa es perjudicial la misma es por definición irretroactiva²⁰⁸. Lo anterior se complementa, por el principio político de obediencia a la norma, de que las descripciones de las conductas delictivas sean claras, precisas, sin ámbitos de ambigüedad, es decir se impone aquí la garantía de ~~la~~ con ello se destierra la analogía ~~en~~ la practica de construir tipos penales abiertos, que conculquen a su vez el principio político constitucional, de la separación de poderes²⁰⁹; por que en estos casos, de normas cuyos supuestos se colman por otras autoridades, se transgrede el principio de que la ley penal, debe ser una derivación en su carácter prohibitivo que emane del poder legislativo, máxime representante de la pluralidad social²¹⁰.

También se reconoce el llamado principio de dignidad humana²¹¹, con el cual se quiere significar, que las injerencias y las restricciones a los derechos fundamentales de la persona humana, tanto en la coerción material como en la procesal, no pueden reducir el núcleo esencial de la persona, deshumanizándola, mediante la afflictividad excesiva de las limitaciones que se le impongan²¹². Se impone aquí reconocer, que el conjunto del sistema penal normativo esta –como entequeia estatal– al servicio del hombre, no para degradarlo, estirparlo de la sociedad o inflingirle tratos crueles o excesivos, sino para tratar de brindar opciones a la persona para que se injerte nuevamente en el tejido social.

Es por ello que, ni aun ante la persona condenada, cesa este derecho de ser tratado dignamente, puesto que quien es declarado culpable de un delito, no por ello pierde la dignidad de ser una persona del género humano. En tal sentido, estas proscritas todas aquellas consecuencias jurídicas del delito, que afecten el núcleo esencial de los derechos y libertades de la persona, por ejemplo: cierto es que el justiciable se ve mediante la pena privado de su libertad, ello es una restricción a ese derecho, pero tal limitación no significa la afectación de la esencia del

208. Sobre la vigencia del principio de legalidad en el sentido que la ley penal perjudicial es irretroactiva ver JAKOBS Günther "Derecho Penal". Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación. 2ª edición corregida. Traducción de Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo. Marcial Pons. Madrid. España. 1997 p. 111.

209. Sobre estas ideas de limitación en la interpretación, por la vigencia del principio de legalidad de acuerdo a la época actual JAEN VALLEJO Manuel "Principios Constitucionales y Derecho Penal Moderno". Estudios sobre cuestiones de especial relevancia constitucional. AD-HOC. Buenos Aires. Argentina. 1999 ps 31 a 35.

210. Sobre el origen y los alcances del principio de legalidad en su moderna formulación confrontar: ZAFFARONI Eugenio Raúl, ALAGIA Alejandro, SLOKAR Alejandro. "Derecho Penal". Parte General. EDIAR. Buenos Aires. Argentina. 2000 pp. 105 a 119.

211. El artículo 2 CP reza: "Toda persona a quien se atribuya delito o falta, tiene derecho a ser tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano. No podrán imponerse penas o medidas de seguridad, que afecten la esencia de los derechos y libertades de la persona o que impliquen tratos inhumanos o degradantes".

212. En dicha perspectiva ver MARTINEZ LAZARO Javier "Los Principios del Derecho Penal en la Legislación Salvadoreña" en Revista "Justicia de Paz". N° 7. Año III. Vol.III. Septiembre-Diciembre. 2000. Justicia de Paz. (CSJ-AECI). San Salvador. El Salvador. 2000 p. 131.

mismo, es decir no obstante la perjudicación, ese derecho no se encuentra vaciado en su contenido sustancial; pero si ~~ya~~ la privación de la libertad se agrega el aislamiento, o la privación de libertad se convierte de manera material en una prisión perpetua, sea por la extensa duración de la pena, o por que esta no tiene límite, más que el morir en prisión, al imponerse penas dilatadas sin la posibilidad real de subrogados penitenciarios, el derecho primario a la libertad sí resulta afectado en su esencialidad. Tampoco bajo el principio de respeto a la dignidad del hombre, pueden admitirse en modo alguno restricciones a los derechos fundamentales que sean inhumanas, degradantes, o infames.

El principio de lesividad ²¹³ por su parte, permite hacer una diferenciación en el fundamento esencial de la pena, ciertamente ésta no obedece preponderantemente a transgresiones de orden moral, sino que se justifica por la afectación a los bienes jurídicos de las personas ²¹⁴. Ello significa, que la norma penal no se entiende de manera unidireccional, como norma de determinación, cuya afectación se legitima por su mismo ~~ips~~ decir por el sólo hecho de ser transgredida, sino que además, subyace de manera preponderante un enfoque valorativo material, en cuanto a la realidad de la afectación de los bienes que la norma tutela ²¹⁵.

En tal sentido, no basta la mera desobediencia normativa, para justificar la intervención punitiva, sea en el merecimiento abstracto o concreto, sino que las conductas criminalizadas, deben injuriar bienes jurídico-penales relevantes. De ahí que el legisferante no esta habilitado para criminalizar conductas que materialmente no estén tutelando bienes jurídicos ²¹⁶. Y debe tenerse en cuenta, que cuando se acude a esta forma de punición, aún para aquellos intereses jurídicos que son esenciales, la tutela de los mismos sigue siendo fragmentaria y discontinua, es decir, no todos los bienes se deben proteger por medio del derecho penal, ni tampoco dichos intereses jurídicos, pueden tutelarse de todas las formas de ataques antijurídicos ²¹⁷, con ello se indica, que en algunos casos, la tutela más efectiva y menos lesiva, será la que dispense el derecho civil o el derecho administrativo sancionador.

Aquí también es importante añadir, que la separación entre derecho y moral, como conquista fundamental del pensamiento demoliberal, impide la punición por el derecho penal de conductas auto-referentes, en estos casos, una correcta intelección de la dañosidad social, impedirá que el

213. El tenor literal del artículo 3 CP es: "No podrá imponerse pena o medida de seguridad alguna, si la acción u omisión no lesiona o pone en peligro un bien jurídico protegido por la ley penal"

214. En esa línea de pensamiento ampliamente BUSTOS RAMÍREZ Juan "Control Social y Sistema Penal". PPU. Barcelona. España. 1987 ps. 166 a 167.

215. En el mismo sentido ver. CALDERON CERREZO Angel, CHOCLÁN MONTALVO José Antonio "Principios, Hecho Punible y Responsabilidad Penal" en Revista Justicia de Paz. Año I. Vol. I. Septiembre-Diciembre.1998. (CSJ-AECI). San Salvador. El Salvador. 1998 p. 3

216. Reconociendo la vigencia del principio de lesividad dentro del marco de un derecho penal que funciona como límite al ejercicio del poder punitivo del Estado confrontar: DALL'ANESE Francisco "Ni Satanizar ni Sacralizar" en "Delito, Autoritarismo y Estado". Apuntes de derecho Penal. Cuaderno n° 1. Editorial Jurídica Continental. San José. Costa Rica. 2002 p. 9.

217. Ver en tal sentido MIR PUIG Santiago "Introducción a las Bases del Derecho Penal". Concepto y método. Editorial B de F. 2ª edición. Buenos Aires. Argentina. 2002 ps 108 a 112.

derecho penal, sea utilizado para enfrentar esos conflictos personales del ser humano. Y es que si se admite, que en algunos casos se punibilize verdaderas conductas auto-referentes –así el tema en boga del consumo de drogas– no hay razón valedera, que no justifique la intervención del Estado, en esferas que solo atañen a la persona y su conciencia; nótese que los reparos que hacemos, es a la intervención del derecho penal, como mecanismo altamente formalizado, violento y de ~~no~~ así a otras formas de control social informal, que son legítimas para dirigirse a las claves valorativas de la persona –la familia, la escuela, la religión, grupos cívicos, etcétera– en el sentido de poder constituirse, como verdaderos disuasivos de conductas, que afecten al sujeto en su dimensión de persona humana.

Por último, si la conducta ya en concreto, ni siquiera ha puesto en peligro a un determinado bien jurídico, no se justifica la punición, por el mero desvalor ético de la acción en cuanto desobediencia normativa, ese por ejemplo, es el fundamento de la no punición del delito imposible y de la tentativa desistida, en esta última, cuando en el ~~de~~ la ejecución, se renuncia de seguir cometiendo el delito, y no se inuria de pasaje en grado de consumación otro bien jurídico intermedio. El llamado principio de responsabilidad ²¹⁸, que propiamente se dimensiona como principio de culpabilidad, permite enervar toda reacción punitiva, con fundamento en cuestiones de responsabilidad objetiva, no importando que se trata de imputables o imputables, también la imposición de las medidas de seguridad, quedan proscritas si el justiciable no ha actuado dolosa o culposamente. Sin embargo, los alcances del principio de culpabilidad son más extensos, y no se limitan al principio de que no se impone pena, a quien no actúa con dolo o con culpa ²¹⁹.

Así, una manifestación de tal principio, es prohibir que las predicaciones de la culpabilidad o de la pena, trasciendan del culpable a otras personas, a quienes subjetivamente no les es imputable el injusto penal. Para no parecer ingenuos, si se tiene plena conciencia de que la pena privativa de libertad –primordialmente– genera efectos deletéreos para terceros, esa transferencia de afflictividad real debe reducirse a costos menores, por ejemplo manteniendo penas de prisión no excesivas, ni agudizando la separación familiar del penado –que surge de manera inevitable– en las modelos de ejecución.

Lo anterior, no es sólo un imperativo de justicia punitiva –que la justicia es un valor acuñado por la Constitución– sino que además, tiene fundamento positivo, normado al más alto rango en jerarquía de las leyes secundarias, por que la Convención Americana sobre Derechos Humanos

218. En su primer inciso el artículo 4 CP dice: "La pena o medida de seguridad no se impondrá si la acción u omisión no ha sido realizada con dolo o culpa. Por consiguiente, queda prohibida toda forma de responsabilidad objetiva".

219. Sobre un desarrollo de las consecuencias que se derivan del principio de culpabilidad ver: SÁNCHEZ ESCOBAR Carlos Ernesto "El Principio de Culpabilidad Penal". Revista Justicia de Paz. N° 13. Año V-Vol. III Septiembre-Diciembre. 2002. (CSJ-AEIC). San Salvador. El Salvador. 2002 ps. 88 a 121.

prescribe en el artículo 5.3 que: “La pena no puede trascender de la persona del delincuente”; de la colisión de esta norma –que no hace más que reconocer el principio de personalidad de la pena– con los efectos que se derivan por ejemplo, del régimen de cumplimiento especial, que se prevé en la reforma del artículo 103 de la Ley Penitenciaria ²²⁰, y que impide la visita íntima y el contacto físico entre interno y familiares, debe considerarse que con tales medidas aflictivas, se afecta no sólo al condenado, sino a sus familiares que no han delinquido, y que por un doble efecto de la pena ven restringidos sus propios derechos. No hay duda entonces, que ante el conflicto de lo garantizado por el artículo 5.3 de la citada Convención, y lo dispuesto en el artículo 103 precitado, debe prevalecer el tratado por imperio del artículo 144 de la Constitución ²²¹. También debe tenerse en cuenta, que esta consecuencia del principio de culpabilidad, rige para el área procesal penal, en el sentido que ninguna medida de coerción procesal, limitadora de derechos fundamentales, puede transferirse a otras personas, que no tengan vinculación con el delito, salvo que se trate de elementos probatorios, las personas ajenas a la imputación no tienen por que soportar restricciones a sus derechos fundamentales, como consecuencia de la persecución penal. Respecto de lo atinente a la cuestión probatoria, deben mediar criterios de proporcionalidad, en cuanto al grado de razonabilidad de la decisión, no se puede afectar en sus derechos –en principio– en el régimen procesal a quien no está vinculado como participe de un delito, a menos que se haya formalizado una imputación jurídico procesal, o que se trate de una fuente de prueba notoria, de la cual pueda extraerse información, siendo que la misma, se encuentra vinculada a un tercero al hecho criminal, pero en estos casos la afectación de ser imprescindible ha de ser mínima y por el menor tiempo posible.

Otra derivación del principio de culpabilidad, es la proscripción de graduar la culpabilidad y la pena del condenado, con fundamento en características o rasgos personales del justiciable, de ahí que, concepciones personales como el ser reincidente o habitual en el delito, para justificar una mayor punición, están proscribas en un verdadero Estado Constitucional; ciertamente, esa vocación por hacer más grave la responsabilidad y la pena del sujeto, en atención a su vida pasada, aún la inclinada al delito,

220. El tenor de la disposición es el siguiente: “Los internos que sean enviados a los Centros de Seguridad por su alto índice de agresividad o peligrosidad o hayan sido condenados por delitos de narcotráfico, crimen organizado, homicidio agravado, violación, secuestro, o que fueren reincidentes estarán sometidos a un régimen de internamiento especial de conformidad al Art. 45 del Código Penal que implicará las siguientes limitaciones: 1) El cumplimiento aislado de la pena en una celda o pabellón especial; 2) Restricción a su libertad ambulatoria dentro del centro de detención; 3) Prohibición de obtener información televisada y el material escrito que reciban deberá ser supervisado; 4) Comunicación telefónica interna supervisadas o monitoreadas; 5) Las visitas familiares sólo podrán ser realizadas ante la presencia de custodio con separación que evite el contacto físico; y 6) En ningún caso será permitida la visita íntima. En cumplimiento a lo establecido en el presente artículo, el ejercicio físico y salidas a áreas exteriores se hará de manera restringida, separada del resto de reos, evitando en todo momento el contacto físico con el resto de internos”.

221. El artículo 144 Cn. reza: “Los tratados internacionales celebrados por El Salvador con otros estados o con organismos internacionales, constituyen leyes de la República al entrar en vigencia conforme a las disposiciones del mismo tratado y de esta Constitución. La ley no podrá modificar o derogar lo acordado en un tratado vigente para El Salvador. En caso de conflicto entre el tratado y la ley, prevalecerá el tratado”.

no obstante cualquier antifaz conceptual por el que se la quiere justificar, es una aplicación de derecho penal de autor, que lesiona el principio de culpabilidad, y ello constituye una violación de orden constitucional, que quienes comulgan con tal visión deben aceptar sin remilgos. Por último, la vigencia del principio impide para el derecho penal de fondo, estructurar tipos delictivos, mediante ficciones de lo objetivo o subjetivo que anticipen la tipicidad; lo cual también se extiende al derecho procesal, prohibiendo las deducciones de culpabilidad, sea como inferencias subjetivas del juez –que no constituyan verdaderas como presunciones legales artificiosamente creadas por ministerio de ley.

El principio de necesidad de las consecuencias jurídicas del delito²²², se erige sobre la proporcionalidad, de ahí que estén prohibidas todas aquellas sanciones jurídico-penales, que sean excesivas por desproporcionadas, tanto en el ámbito de la decisión abstracta como en la determinación concreta²²³, e incluso atendiendo a este mismo criterio, se dispone que las medidas de seguridad, sólo sean impuestas cuando se haya cometido un delito y no una falta, delito aquí no debe entenderse como una infracción jurídica, es decir en su sentido amplio, puesto que en materia sancionadora rige plenamente el principio de legalidad prohibiendo la configuración analógica, no sólo de supuestos de hechos criminales sino también de sanciones, por eso a nuestro juicio conviene más una interpretación restrictiva²²⁴.

Obviamente, este principio que es fundamental para el derecho penal, persigue mantener inalterable la función que el programa constitucional le concede a la pena de prisión, conforme lo dispone el artículo 27 de la Carta Magna –y así lo ha interpretado la Sala de lo Constitucional– al indicarse, que la pena tiene como fin principal el posibilitar la readaptación del condenado²²⁵, y para lograr esa finalidad, se requiere del uso de penas proporcionadas, no desmesuradas y afflictivas en cuanto a su duración y forma de ejecución. De ahí que la pena proporcional, sea una exigencia, tanto para el legislador que crea la

222. El artículo 144 Cn. reza: "Los tratados internacionales celebrados por El Salvador con otros estados o con organismos internacionales, constituyen leyes de la República al entrar en vigencia conforme a las disposiciones del mismo tratado y de esta Constitución. La ley no podrá modificar o derogar lo acordado en un tratado vigente para El Salvador. En caso de conflicto entre el tratado y la ley, prevalecerá el tratado".

223. Sobre los alcances del merecimiento de la pena respecto del principio de proporcionalidad ver. SILVA SÁNCHEZ Jesús María "Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo". J.M. Bosch Editor. Barcelona. España. 1992 ps. 260 a 261.

224. De otra opinión en este punto. CHOCLAN MONTALVO José Antonio "Culpabilidad y Pena". Su medición en el sistema penal salvadoreño. Edición Justicia de Paz. (CSJ-AECI). San Salvador. El Salvador. 1999 ps. 18 a 24.

225. Se ha dicho en este punto: "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 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.". Sentencia de Inconstitucionalidad de la Ley de Emergencia.. op. cit. p. 96.

dosimetría abstracta de la pena ²²⁶, como para el juez que fija el merecimiento en concreto; en ambos casos, la pena debe ser proporcionada a los fines preventivos especiales y generales positivos, pero siempre limitada –en última instancia– en ambos ordenes por el grado de culpabilidad.

Conviene ahora examinar brevemente, algunos principios del ámbito procesal, así en el artículo 1CPP ²²⁷. se reconoce que para la imposición de las consecuencias jurídicas del delito, trátase de penas o de medidas de seguridad, debe necesariamente que celebrarse un juicio, con las características de ser oral y público. Tal garantía es la expresión de que no hay pena sin juicio, ²²⁸ y en nuestra jurisprudencia constitucional, tal exigencia se ha incardinado en el derecho de audiencia ²²⁹. En virtud de tal concepción, indudablemente que la garantía precitada, debe completarse con la garantía del proceso, puesto que para satisfacer el derecho de audiencia, no basta sólo con conceder una etapa de debate, como fase ulterior, sino que para concluir ese período, debe haberse agotado un iter formalizado –el proceso–²³⁰ por el cual, únicamente cuando se presenten ofertas bastantes de imputación, pueda habilitarse la etapa propia del enjuiciamiento, esto sin duda, tiende a evitar los riesgos de ser sometido a una declaratoria de culpabilidad, cuando no hay fundamento suficiente para ello, lo cual debe tenerse sumamente presente, por que

226. De vital importancia es la consideración que la Sala Constitucional hace en este punto, sobre la actividad del poder legisferante y su obligación constitucional de crear penas proporcionadas al manifestar: "Finalmente en relación a tal principio hay que decir, que el mismo no se reduce al ámbito de la aplicación de la ley –lo cual corresponde al Órgano Judicial– sino que parte desde la formulación de la norma que construye el tipo penal, función que –en virtud del principio de legalidad– le corresponde al Órgano Legislativo. Es, por tanto, errónea la consideración según la cual es al juzgador a quien le corresponde, haciendo uso de la sana crítica, ponderar y medir la razonabilidad y proporcionalidad de la pena, ya que tal función se ve considerablemente reducida si la ley penal ya le ha determinado al juzgador un parámetro desproporcionado para la individualización e imposición de la pena". Sentencia de Inconstitucionalidad de la Ley de Emergencia ... op. cit. ps. 96 a 97.

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

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

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

230. En este sentido, estableciendo lo que se conoce como "Nulla Poena sine Processu" es decir la garantía del procedimiento se ha dicho desde el orden Constitucional: "La exigencia del proceso previo supone dar al demandado y a todos los intervinientes en el proceso, la posibilidad de exponer sus razonamientos y defender sus derechos de manera plena y amplia. Y es que, hacer saber al sujeto contra quien se pretende en un determinado proceso, la existencia de éste, y facilitarle el ejercicio de los medios de defensa, constituyen circunstancias ineludibles para el goce irrestricto del derecho de audiencia". (Sentencia de Amparo del 13 de Octubre de 1998. Ref. 150-97).

nuestro modelo de justicia criminal, habilita también el conocimiento del jurado, empero, sea ante un juez de derecho o ante sus pares, es patente que ninguna persona, debe comparecer a esa etapa tan afflictiva, si no hay una imputación suficiente, que justifique legítimamente ese riesgo; y esa merituación sólo depende del tránsito del proceso, que por ello se erige también en garantía fundamental de un proceso regular, ello vale tanto para imponer penas como medidas de seguridad.

A su vez, en la normativa procesal se estatuye el principio de legalidad²³¹, que rige la forma del proceso, en el sentido que, de manera precedente al hecho delictivo imputado, se haya constituido la forma de enjuiciamiento –en su sentido amplio– la cual no puede ser alterada, por una norma posterior que en cualquiera de sus manifestaciones, se vuelva más restrictiva para los derechos y garantías fundamentales del acusado. De ahí que, si la nueva normativa procesal, es más limitadora de ese ámbito, la misma ya no es inocua, y debe prevalecer el principio de estricta legalidad procesal, por el cual, se prohíbe que posterior al hecho delictivo –el injusto– se someta a una persona, a la persecución penal con formas procesales diferentes y más gravosas; y únicamente si la norma anterior es menos gravosa, procedería aplicar una consecuencia de la retroactividad de la ley cuando es favorable, que en este caso se concretiza a la garantía de ultractividad, que también esta presente en el ámbito procesal penal, por lo que el principio de irretroactividad no es absoluto –salvo que sea desfavorable– y por tanto, si normas anteriores al hecho resultan menos lesivas a los derechos fundamentales, estas son las que deben aplicarse de manera ultractiva²³².

En verdad que el proceso penal y sus formas, no son instrumentos asépticos respecto de las restricciones de los derechos fundamentales, también el proceso penal y toda sus gama de medidas de intervención, limitan y afectan los derechos y libertades de las personas, aunque dichas restricciones tienen una finalidad distinta de la pena, sin embargo esa diferencia sólo es de grado más no contenido, es por ello que en el proceso

231. Dice el artículo 2 CPP "Toda persona a la que se impute un delito o falta, será procesada conforme a leyes preexistentes al hecho delictivo de que se trate y ante un tribunal competente, instituido con anterioridad por la ley. Este principio regirá también en la ejecución de la pena y en la aplicación de medidas de seguridad". Ampliamente sobre el principio de legalidad procesal o de juridicidad en cuanto a sus fundamentos y estructura ver: TINETTI José Albino, SORIANO RODRÍGUEZ Salvador Hector, MARROQUIN GALO Fernando, JOSA María Antonieta, SALAZAR TORRES Godofredo y CRUZ AZUCENA José Manuel "Ensayos N° 1. Tres Temas Fundamentales sobre la Fase Inicial del Proceso Penal". Consejo Nacional de la Judicatura. Escuela de Capacitación Judicial. San Salvador. El Salvador. 1999 ps. 260 a 264.

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

penal, también debe considerarse la irretroactividad de la ley procesal, cuando esta sea más restrictora de los derechos fundamentales de las persona sometida a proceso, y estimarse la ultractividad, cuando la ley anterior de juzgamiento en la cual sucedió el hecho, es más favorable en el sentido de ser menos lesiva a los derechos y libertades que concede la Constitución²³³.

Se establece también como garantía básica, la independencia e imparcialidad de los jueces²³⁴ esta garantía política, de manera directa este dirigida a la protección del ciudadano, que como acusado o como víctima, acuden a los tribunales de justicia²³⁵ de ahí que, el que los jueces sean independientes e imparciales, tiene únicamente sentido, si al momento de juzgar, el juez sólo esta sometido a la Constitución y a las leyes; así tal garantía de manera directa, no esta pensada a favor de los derechos de la autoridad jurisdiccional, sino a favor y para los gobernados²³⁶.

Sobre la funcionalidad de esta garantía, debe indicarse que ciertamente, en estos últimos lustros, el poder judicial enfrenta en nuestro país un dilema de legitimación ciudadana, pero este fenómeno que es menester que sea exhaustivamente estudiado, no justifica que el órgano jurisdiccional, en el afán de presentar una imagen de severidad en la aplicación de la ley, comprometan la imparcialidad de sus decisiones; el juez no se legitima por responder al clamor de las mayorías, por ello es que precisamente, su elección en nuestro sistema, no responde a criterios políticos directos del electorado, inclusive, en ocasiones la defensa de la Constitución y de sus garantías y libertades, originará que la decisión del juez, no responda a las expectativas que pueden formarse grupos mayoritarios, pero ahí radica la esencia de la independencia e imparcialidad del juzgador, éste es garante de la Constitución, y debe hacerla valer, aunque eso contradiga el sentir popular, o las opiniones de los grupos de poder incluyendo los mass media, que más allá de la vía impugnativa, pretenden hacer valer sus derechos con injerencias indebidas sobre la actividad jurisdiccional.

La presunción de inocencia ya en el marco procesal penal ²³⁷, es una garantía fundamental reconocida de manera inédita por nuestra Constitución de 1983, cuyo fuente es el reconocimiento que de ella se hace en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, de ahí que,

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

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

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

236. Ver "Asociacionismo e Independencia Judicial en Centro América". INECIP-Guatemala. Ciudad de Guatemala. 2001 p. 9.

237. El artículo 4 CPP estatuye que: "Toda persona a quien se impute un delito, se presumirá inocente, y será tratada como tal en todo momento, mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la Ley y en juicio público, en el que se le aseguren las garantías del debido proceso. La carga de la prueba corresponde a los acusadores.

al amparo de dicho estado de inocencia, quede prohibida toda forma de presunción legal o judicial de culpabilidad, que no sean las inferencias judiciales, que respeten el marco del sistema de apreciación de la prueba, bajo el modelo de la sana crítica.

Pero no sólo bastará afirmar que la persona es inocente, sino que realmente ésta debe ser tratada como tal, en áreas sensibles como por ejemplo, en el ámbito de las medidas cautelares, donde no puede campea la idea de la prisión preventiva obligatoria, tal como actualmente lo estatuye el artículo 294 inciso final CPP mediante senda reforma que se introdujo en materia de medidas cautelares, y la cual es utilizada por sectores de la judicatura para imponer la prisión preventiva, no obstante que ya se tiene reconocida la inconstitucionalidad de la prisión preventiva con carácter obligatorio, según precedente de la Sala de lo Constitucional²³⁸.

También como derivado de la presunción de inocencia, se reconocen dos aspectos sustanciales. El primero es que al justiciable, no le incumbe probar nada, todos los extremos de la acusación, que versan sobre la imputación del injusto y de la culpabilidad, deben ser probados por quien ejerce la acusación; por lo que, si en materia de hechos probatorios, no hubiese certeza de demostración, y subsistiese la duda debe –según el estado en el cual se acredite la situación dubitativa– favorecerse al acusado, quien ante esa situación, debe considerarse inocente de los hechos atribuidos –naturalmente este estado de penumbra rige con todo sus vigor al momento de dictarse la sentencia ²³⁹ – y es que en estos casos, debe optarse por considerar a un ciudadano inocente, aunque haya duda sobre la culpabilidad en el hecho, por que con esas dudas no es legítimo destinarlo a una pena cuyos efectos son irremisibles; subyace aquí todavía el antiquísimo aforismo

Se reconoce también el principio de *Ne bis in idem* ²⁴⁰, como aquel que según nuestra propia carta magna, prohíbe el doble o múltiple enjuiciamiento, tal reconocimiento en los planos valorativos tiene gran

238. Sobre este se dijo en lo pertinente "Cuando se acude al mecanismo de prohibir la excarcelación, se está prescribiendo la detención provisional como medida obligatoria; o dicho con otras palabras, en dicho artículo se postula la privación de libertad que la detención supone como necesidad investigativa, circunstancia que no puede ser constitucionalmente la regla. Si desde una perspectiva constitucional la excarcelación es la regla general, lo que puede hacer el legislador secundario es señalar los supuestos en que excepcionalmente podrá el juez –en resolución motivada – denegar aquélla; pero no puede, sin violar la normativa constitucional, disponer en abstracto supuestos en los que la excarcelación no podrá concederse; es decir, en abstracto todo delito es excarcelable, y el legislador secundario puede disponer los motivos por los cuales el juez puede rechazar la concesión de la excarcelación. Consecuencia de lo anterior, y en virtud de lo expuesto en el considerando que antecede, es imperativo concluir que, en cuanto al artículo 15 del cuerpo normativo impugnado impone la obligatoriedad de la detención provisional del imputado, impidiendo que el juzgador determine la concesión o no de la excarcelación, es violatorio de los artículos 2 y 12 de la Constitución, por lo que es procedente declarar su inconstitucionalidad" Sentencia de Inconstitucionalidad de la Ley de Emergencia ... op. cit. ps. 134 a 135.

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

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

trascendencia; la prohibición de no ser enjuiciado múltiplemente, no se reduce a la proscripción de transgredir la “cosa juzgada”, sino que –por ejemplo– también a la multiplicidad de imputaciones, cuando no se observa correctamente las normas de los concursos aparentes de leyes, lo cual genera múltiples imputaciones y enjuiciamientos; de igual manera, la observancia de la agravante de la reincidencia –además de violar otros principios– también quebranta el principio de no ser enjuiciado dos veces por el mismo hecho, puesto que más allá de la discusión dogmática que pueda plantearse, nadie dudará, de que la pena se agrava en su dosimetría concreta, en este caso tomando en cuenta la condena precedente, que ya es un hecho pasado y juzgado.

Un punto que merece destacarse, es que nuestra Constitución al estatuir la prohibición de doble juzgamiento, acuñó lo que la doctrina procesal denomina como el “criterio amplio”²⁴¹, por cuanto, la norma constitucional no se limita a prohibir la situación de ser doblemente sancionado por un mismo hecho, sino que hace descansar la garantía, en proscribir incluso esa posibilidad, prohibiendo anticipadamente inclusive el doble juzgamiento, y por ende el doble procesamiento, esa es la intelección que infiero, del postulado de la norma que dice “ni puede ser enjuiciada dos veces por la misma causa”.

Por otra parte, se reconoce de manera específica la inviolabilidad de la defensa ²⁴², esta garantía que es trascendental, tiene como fundamento de su existencia el derecho de audiencia, por lo que, sólo respetando un derecho de defensa amplio, se asegura así mismo un juicio justo al imputado, quien no puede ser condenado a pena ni medida de seguridad, si no ha sido oído y vencido en juicio. Varias son las manifestaciones que pueden predicarse del ejercicio del derecho de defensa, de entre las más principales nos limitamos a señalar:

241. 744/2017

para los cuales él estime oportuno comparecer, y en razón de ello el encartado debe ser informado personalmente de la practica de los mismos. Sobre todo, merece destacar que respecto a este derecho de defensa material, el justiciable no puede ser juzgado en contumacia, es decir la Constitución como norma suprema no habilita juicios en rebeldía, necesariamente el imputado ha de estar presente de lo contrario no puede haber debate ²⁴³, digamos que este es el fundamento máximo del derecho de audiencia cuando dice que a nadie se puede privar de un derecho sino es “oído y vencido en juicio”.

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

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

243. Situación distinta es que el imputado estando presente en la etapa del juicio, decida por alguna estrategia de su defensa o por otro motivo no estar físicamente en la sala de debates después de el inicio de la vista pública y de haberse realizado la intimación, así como de habersele indicado que tiene la facultad de declarar, tal eventualidad la norma el artículo

~~del defensor~~
~~del defensor~~

Este derecho es irrenunciable cuando se practican actos de prueba anticipada, conforme a las reglas del artículo 270 CPP²⁴⁴, por que el rito consiste precisamente, en adelantar las condiciones del juicio, de ahí que, si en el juicio un evento de actividad probatoria no se desarrollaría sin el concurso del defensor, tal requisito es imprescindible también al momento de anticipar dicha prueba, en estos casos, si el imputado es ausente o se teme por motivos fundados que la información anticipada a su defensor de confianza pueda afectar la finalidad del acto, un defensor público puede legítimamente realizar la función de contradicción²⁴⁵.

Ahora bien, la actividad probatoria también limitará en lo pertinente, el ejercicio del derecho de defensa, según la especie de prueba que se reciba, por ejemplo, mientras que en la prueba testimonial, es sine quanom que el defensor este presente para inmediar la declaración del testigo y decidir si le contraiterroga; en algunas pruebas periciales, la presencia del defensor no será posible en el ámbito de la captación de la información, por que atentaría contra la naturaleza de la prueba, y en algunos casos contra otros derechos fundamentales. Dos ejemplos aclaran este panorama; en una pericia psiquiátrica o psicológica del imputado o de otra persona, al momento de la entrevista forense entre perito y entrevistado, el defensor no debe estar presente, ni tampoco el fiscal, el querellante, el juez u otros, puesto que la presencia de cualquier persona extraña al entorno afecta la puridad de la prueba. En esta actividad, el derecho de defensa se garantiza primero por la notificación de la pericia, con lo cual la parte puede nombrar su propio perito o recusar al nombrado (Art. 199/200/201 CPP); y además por el interrogatorio al que el perito puede ser sometido en la etapa del juicio sobre la pericia practicada; en todo caso, el derecho de defensa queda asegurado, por la intervención de un consultor técnico, cuya característica esencial es la especialidad de la materia, lo cual lo vuelve

244. que reza en lo pertinente: "La vista pública se realizará con la presencia ininterrumpida de los jueces y de las partes. El imputado no podrá alejarse de la audiencia sin permiso del tribunal. Si después de su declaración rehusa permanecer, será custodiado en una sala próxima y para todos los efectos podrá ser representado por su defensor..."; los límites a esta no presencia del justiciable, son los de la intimación, cuando se amplía la acusación o para la práctica de una actividad probatoria, en la cual el imputado es objeto de prueba, vale decir por ejemplo un reconocimiento de personas. También en lo relativo a aquellos delitos no sancionados con pena privativa de libertad, o en los delitos de acción privada, el imputado puede para todos los efectos hacerse representar por su defensor otorgando poder especial para ello, salvo para la practica de actos imprescindibles, uno de ellos como ya se abundara, es la intimación de los hechos al justiciable que es personal e intransferible, quizá únicamente exepcionada en aquellos casos, en los cuales la persona sujeta a un juicio para medidas de seguridad, por la patología psiquica de la cual adolece, no esta en posibilidad de comprender los hechos intimados, pero estos entonces deben serle intimados a su tutor.

245. En lo pertinente dicha norma prescribe: "El juez si considera que el acto es ejecutable, lo realizará citando a todas las partes, sus defensores o mandatarios, quienes tendrán derecho de asistir, con todas las facultades previstas respecto de su intervención en las audiencias. El imputado detenido será representado, a todos los efectos, por su defensor, salvo que pida intervenir personalmente. Si por la naturaleza o la urgencia del acto, la citación anticipada hace temer la pérdida de elementos de prueba, excepcionalmente, el juez lo practicará únicamente con la citación del fiscal y de un defensor público...".

idóneo para participar del acto²⁴⁶. Un caso más sería la practica de exámenes de genitales en la víctima de un delito sexual, en tal actividad obviamente no puede estar presente la defensa, ni el fiscal, ni el juez, el límite es la dignidad e intimidad de la víctima, que impiden la presencia de otras personas que no sea la del perito examinador; y los ámbitos de defensa se asegura en los términos supracitados.

Esta actividad de hacer

saber los hechos atribuidos al encartado, es progresiva según las fases del enjuiciamiento, y lo que justifica tal menester, es que nadie puede defenderse correctamente, si no sabe primero de que hechos se le acusan. Sin embargo hay momentos claves para formular este conocimiento al imputado, uno de ellos es el momento en el cual se formaliza la acusación, de ahí que, quien acusa tiene el peso de exponer los hechos de manera “clara, precisa circunstanciada y especifica” ello bajo pena de nulidad.

Esta actividad no le corresponde al juez, sino al acusador, es él quien debe de manera prístina, describir cuales son los hechos acusados, como fundamento de la conducta ilícita; el control de esa actividad, en cambio si corresponde al juez, quien debe asegurar que los hechos que el fiscal acusa cumplan con estos requisitos de claridad, precisión, circunstanciación y especificidad, en este punto, si tal requisito se incumple por el acusador, y no se controla por el juez, ocurre un defecto que es insalvable, se trata de una nulidad²⁴⁷, que es absoluta y no relativa. La cuestión de por que es insalvable o absoluta esta nulidad, obedece a que, tras la necesidad de que la acusación en cuanto a los hechos, tenga una relación clara, precisa, circunstanciada y especifica, se resguarda la obligación de hacer saber al acusado con toda claridad los hechos atribuidos, y este presupuesto lo que garantiza, es el derecho de inviolabilidad de la defensa, y creo que nadie negara, que ésta es una garantía fundamental reglada por la Constitución, que estatuye que a las personas se les aseguren todas las garantías necesarias para su defensa, de ahí que, la nulidad sea

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

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

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

absoluta, por que la violación de un derecho o garantía constitucional, genera un defecto absoluto que debe proveerse en nuestro medio como una nulidad de esa especie²⁴⁸.

Ello es lo que manda precisamente el artículo 224 en su número sexto CPP cuando ordena que: “El proceso es nulo absolutamente en todo o en parte, solamente en los siguientes casos: Cuando el acto implique inobservancia de derechos y garantías fundamentales previstas en la Constitución de la República, en el Derecho Internacional vigente y en este Código”. Y como ya se expresó, el requisito de que la acusación sea clara, precisa circunstanciada y específica, no es una simple formalidad, esa regla resguarda la inviolabilidad de la defensa del acusado, en el sentido que, éste tiene derecho a saber con toda precisión, los hechos que se le acusan, para estar en capacidad de defenderse de la imputación que se la ha formulado. Una adición, es conveniente formular en el sentido que, “hechos” no significa calificación jurídica, el nomen iuris que se da al delito es algo diferente a los hechos, estos se refieren a la facticidad de lo ocurrido, como conducta material histórica desarrollada por el imputado, la cual debe estar suficientemente clara y detallada, o para decirlo en términos pragmáticos: debe satisfacer el cuando ocurrieron esos hechos, a donde ocurrieron esos hechos, como ocurrieron esos hechos, y quien cometió esos hechos.”

De ahí que, toda actividad que tienda a afectar esa libre voluntad para declarar, se ve proscrita mediante prohibiciones probatorias²⁴⁹, que están normadas tanto a nivel constitucional como de normativa infraconstitucional. Así lo prescriben los artículos 12 CN; el artículo 14.3. “g” del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; el artículo 8.2. “g” y 8.3. de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos; y los artículos 87 N° 7 y 262 CPP.

De lo anterior, se formula el denominado “derecho a guardar silencio”, el cual tiene una doble dimensión, que debe ser explicada pulcramente al justiciable. Por una parte, al acusado debe hacerse saber, que tiene el derecho de no declarar, sin que esta inactividad, pueda

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

249. Roxin define las prohibiciones probatorias como “todas las normas jurídicas que contienen un limitación de la práctica de la prueba en el procedimiento penal, dividiéndolas en prohibiciones de producción de prueba y prohibiciones de valoración de prueba. Ver RÖXIN Claus “Derecho Procesal Penal”. Traducción de la 25ª edición alemana por Gabriela E. Córdova y Daniel R. Pastor. Editores del Puerto. 1ª Reimpresión. Buenos Aires, Argentina. 2001 p. 190. En el mismo sentido, se informa que las prohibiciones probatorias constituyen barreras infranqueables a la búsqueda de la verdad, respecto de la comprobación de ciertos hechos, para los cuales, queda enervada la investigación, mediante la utilización de medios especiales, indicándose que estas prohibiciones pueden ser absolutas como relativas. Ver GUARIGLIA Fabricio “Las Prohibiciones Probatorias” en AA. VV. “El Nuevo Código Procesal Penal de la Nación”. Análisis crítico. Editores del Puerto. Buenos Aires, Argentina. 1993 ps. 15 a 16.

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

Tal exigencia de valoración es necesaria, por que confesión y declaración son dos manifestaciones diferentes que surgen de una misma fuente, la indagatoria del acusado respecto de los hechos. Pero por ello, no debe confundirse el ámbito de las mismas, la confesión es un medio de prueba, que puede en un momento determinado inculpar al encartado, al atribuirse éste la comisión de un hecho delictivo, sea que la confesión sea simple o calificada. En cambio la declaración del imputado que no constituye una confesión, es un medio de defensa del justiciable, para rebatir las pruebas que presenta quien lo acusa; y como medio de defensa que es –muy especial por cierto– debe ser valorada, de lo contrario si tal declaración no fuera objeto de estimación, que sentido tiene que se le diga al imputado que puede declarar, si al final la información que brinde no será sujeto de una ponderación.

De ahí que, si no se valora lo que el imputado ha declarado, fijándole su medida con respecto a las probanzas incorporadas, la decisión del tribunal carece de motivación, y además afecta el derecho de defensa del imputado, que no declara tan sólo para ser escuchado, sino para que se pondere valorativamente, lo que exprese acerca de la imputación que se le formula; como violación del derecho de defensa, es un motivo que habilita casación, para su examen en esa vía impugnativa. e) Por último, una manifestación más del principio de inviolabilidad de la defensa, y en este punto en particular, conectado con el de presunción de inocencia, es que el justiciable no tiene la carga de la prueba, ella le corresponde a quien acusa, tal como lo dispone de manera positiva el artículo 6 CPP cuando en lo pertinente prescribe que: “La carga de la prueba corresponde a los acusadores”.

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

serán los generales en materia de prueba, como son pertinencia, licitud, relevancia.

Esta facultad defensiva, que los tribunales deben garantizar cuando el imputado ofrece prueba, encuentra su respaldo normativo en el artículo 12 CN que determina que al imputado deben asegurársele todas las garantías necesarias para su defensa. Además, de lo establecido en los artículos 14. 3 (b) y (e) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que dicen: “Durante el proceso toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad a las siguientes garantías mínimas: (b) A disponer del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa... (e) A interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo y a obtener la comparecencia de los testigos de descargo y a que estos sean interrogados en las mismas condiciones que los testigos de cargo. Por su parte el artículo 8.2 (c) y (f) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos prescribe en lo pertinente: “Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: (c) concesión al inculpado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa; (f) derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos”. En suma, parte vital del derecho de defensa, es que el justiciable goce de oportunidades reales, para proponer e incorporar la prueba que estime conveniente a sus pretensiones de defensa, ello es manifestación de la garantía a un juicio justo o al debido proceso, como lo entiende nuestra Sala Constitucional ²⁵⁰.

13. LOS FUNDAMENTOS DE LA NUEVA REFORMA.

Al someterse a análisis los diferentes procesos de reforma, llama la atención que estas decisiones de política penal, que han generado una inflación punitiva, no tienen como respaldo una base sólida, que se justifique mediante estudios derivados de disciplinas relacionadas con las ciencias penales, y de sus propios instrumentos metodológicos (análisis criminológicos, de política criminal, de estadística criminal, mapeos de criminalidad y de la frecuencia delictiva zonal, estudios de sociología y psicología criminal, fundamentos culturales y antropológicos de nuestra realidad, etcétera etcétera) que demuestren la necesidad de la reforma penal.

Lo que si parece mover los hilos de esta reforma, es la falsa

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

concepción de que estas nuevas leyes penales son demasiados blandas, garantistas y favorables al delincuente. A esa percepción que se ha generado en la opinión pública o mejor dicho “publicada”, por una inveterada práctica de algunas autoridades y de otras organizaciones, que mediante la masificación de la información, colocan el mensaje, que el problema de la criminalidad son las leyes y los jueces, se reacciona por el poder legislativo, reformando las normas penales de una manera indiscriminada y sustancialmente reactiva, en el sentido de, si surge en el orden social, un conflicto de inusitada relevancia, al cual los medios de comunicación masivos le dan una profusa cobertura, y del cual la comunidad social se conmociona, la reacción de quienes detentan el poder público, para presentar una imagen de que se esta haciendo algo, es reformar la ley penal creando nuevos tipos penales, haciendo más drásticas las penas, limitando más las garantías y derechos fundamentales. Al final, se nos presenta un panorama de una sociedad de riesgos, en la cual reiteradamente se presenta el fenómeno criminal, como la inminente amenaza para la paz social, misma que sólo puede ser contenida, dando un mayor poder a la policía para que persiga a los “delincuentes”; de fortalecer esta conciencia del miedo y la inseguridad en la conciencia ciudadana, se encargan la mayoría de medios masivos de comunicación, que presentan el fenómeno del delito bajo un esquema amplificado, clamando a su vez por un mayor endurecimiento de los instrumentos penales²⁵¹, situación que como es predecible, es apoyada por la colectividad, más preocupada –y saturada por los reportajes– de los déficits de inseguridad, que de preservar el espacio de sus derechos y libertades –de los cuales paradójicamente esta menos informada– y sobre los cuales parece no haber conciencia de que han sido una conquista a sangre y fuego en la historia de la humanidad

252.

Y es que en nuestro medio, es mucho más fácil reformar una ley, para lo cual sólo se requiere mayoría simple, que enfrentar el problema de la criminalidad desde su dimensión social, cultural, política, económica, educativa etcétera. En suma, la reforma mantiene una visión de un sistema penal autoritario, antiliberal y antidemocrático; y es que, no de otra manera puede ser calificado el orden jurídico, que aspira a imponer a sus gobernados penas desproporcionadas, a criminalizar estadios remotos a la lesión del bien jurídico, que pune por igual a autores y partícipes, que sanciona de igual forma, el conspirar a cometer un delito con la consumación del mismo,

251. Una clara visión del fenómeno de la criminalidad y la seguridad ciudadana, como suceso noticioso y lo ineficaz de la propuesta de endurecimiento punitivo se expone en: DALL'ANESE Francisco "La cobertura de la prensa sobre hechos criminales desde la perspectiva de los jueces" en Revista de la Defensa Pública. N° 2. Octubre. San José. Costa Rica. 2002 ps. 64 a 66.

252. Ilustra magistralmente sobre este panorama desolador en el cual pervive el sistema de garantías frente al dilema de la sociedad de inseguridad y peligro, las consideraciones que hace Chirino sobre el tópico de la sociedad de riesgos y la criminalidad organizada en CHIRINO SÁNCHEZ Alfredo "La Criminalidad Organizada". Como un nuevo topos de la política de seguridad y orden. Revista Justicia de Paz. N° 11. Año V-Vol. I.Enero-Abril. 2002. San Salvador. El Salvador. ps. 26 a 31.

que sanciona a las personas por lo que son y no por lo que hacen, que invierten la presunción de inocencia, y que pretenden que los jueces legitimen lo ilegítimo, como son las violaciones a los preceptos de la Constitución que reconoce derechos e impone garantías respecto de la persona humana. A continuación se hará una breve enunciación de algunos de dichos problemas originados a partir de las reformas penales.

14. LA EXACERVACION PUNITIVA.

El código penal aun en su versión original, ya presentaba manifestaciones de una vocación por un derecho penal de amplio espectro en los márgenes de la punibilidad. Una primera manifestación de ello, es la configuración de la penalidad en la tentativa, anteriormente el delito imperfecto en sus límites abstractos, tenía una penalidad que oscilaba desde la mitad del mínimo hasta el mínimo de la pena ²⁵³, es decir, el límite máximo con el cual estaba desvalorado el injusto en el delito imperfecto, era en todo caso el extremo mínimo de la pena que podría haberse acordado para el delito en su versión consumada.

La actual forma de punibilidad de la tentativa, marca una mayor drasticidad en los límites de la punición. Así, actualmente la dosimetría de la pena en abstracto, se ubica entre la mitad del mínimo y la mitad del máximo, se ha rebasado entonces el marco del mínimo como desvalor del injusto; en cuanto propuesta de política penal, lo anterior no es que resulte no constitucional, creo que ello queda cubierto por la libertad de configuración de la punición, puesto que, aunque si hay un incremento en la drasticidad de la pena, ésta todavía se mantiene dentro de los límites de la proporcionalidad de la pena, y cumple por ende la función que la Constitución le asigna a tal mecanismo de coerción. Sin embargo, lo que he querido destacar, es esa vocación política de exasperamiento de la pena, inclusive ya desde la renovación de la legislación penal, ello lo hago para indicar, que estas nuevas leyes penales, no son “tan benignas” como reiteradamente se ha sostenido.

También en el marco del código penal anterior, se tenía una pena bastante atenuada, para lo que tradicionalmente se ha llamado semi-imputabilidad o imputabilidad disminuida, lo cual significaba, que ante una situación en la cual la capacidad de culpabilidad penal de la persona, resultaba bastante afectada sin llegar a la inimputabilidad, el merecimiento de la pena en su dosimetría abstracta, reflejaba una sanción penal bastante

253. En efecto, la regulación de la tentativa en la anterior normativa penal tenía una menor configuración punitiva, a su tenor el Art. 73 CP de aquella época decía en lo pertinente: “En caso de delito tentado, el tribunal podrá imponer desde la mitad del mínimo hasta el mínimo de la pena señalada al delito consumado”.

atemperada ²⁵⁴, dicho supuestos no fueron estimados por el actual código penal, quedando únicamente como pena diferenciada la que regula el error de prohibición vencible.

Lo anterior, refleja una situación bastante injusta y desigual –recordemos que la justicia y la igualdad están reconocidos en la Constitución como derechos– en el tratamiento punitivo. Ciertamente, la persona que delinque en una situación de semi-imputabilidad por el motivo que sea, no puede equiparse, a quien delinque en el ejercicio pleno de sus facultades mentales; sin embargo, el tratamiento para ambas personas, es igualitario en la dosimetría abstracta de la pena, por que, la atenuante de inferioridad síquica, vinculada incluso con exclusividad a situaciones de intoxicación, que se reconoce en el código penal en el artículo 29 N° 1, sirve únicamente para atenuar la responsabilidad penal en los límites ordinarios de la pena, es decir únicamente abarca grados de merecimiento abstracto, situación que opino, sólo puede ser de recibo en lo ordinario de los casos, es decir, cuando la persona delinque en plenitud de facultades mentales, pero no cuando la situación de la persona es diferente, por lo que también, el tratamiento debe ser disímil. Y es que, no es igual delinquir en plena capacidad de culpabilidad penal, que en una situación que desmejore esa capacidad, sin embargo, a diferencia del anterior código penal, que si preveía –en justicia– esta realidad, el código actual no reconoce esta situación personal del justiciable, como una atenuante especial, que tenga unos límites de la pena diferentes por la concurrencia de este evento.

Lo anterior es peculiar, por que para otras situaciones, como en el caso del error de prohibición, si se ha previsto este mecanismo de una pena especial, lo cual es correcto y respetuoso del principio de culpabilidad, por que volvemos a insistir, no se puede tratar de igual manera, a quien comete un injusto con plena conciencia de la ilicitud, que a quien esta en una situación de error, y ello lo reconoce el artículo 69 CP ²⁵⁵, cuando determina una pena especial, para quien comete un injusto culpable en situación de error vencible. Pues bien, esa misma razón de diferenciación, por motivos de igualdad, merece quien ha delinquido, en un estado de semi-imputabilidad, lo cual es distinto de quien delinque con plena capacidad

254. Efectivamente el Código Penal de 1973 establecía un triple tratamiento para las circunstancias que afectaran las cuestiones del psiquismo, una de ellas estaba referida a la inimputabilidad y excluía la responsabilidad penal en análoga situación que en la normativa actual; la otra modalidad se centraba en la configuración de la atenuante genérica de inferioridad psíquica cuyo tenor literal en el Art. 41 N° 1 decía: "La inferioridad síquica determinada por la edad o por causas orgánicas o patológicas que menguaren grandemente, sin excluirla, la capacidad de comprender la ilicitud del hecho o de determinarse de acuerdo con esa comprensión". Pero además dicho corpus normativo, regulaba las cuestiones de la semi-imputabilidad, como una atenuante especial, que deparaba una pena proporcionada a esa situación particular de la persona, prescribiéndose en el Art. 70 en lo pertinente: "No obstante lo dispuesto en el artículo 66 el tribunal podrá rebajar la pena hasta la mitad del mínimo señalado por la ley para el delito, en los siguientes casos: (3) En los casos de imputabilidad disminuida".

255. El texto de la norma precitada es el siguiente: "En los casos de error vencible sobre la ilicitud del hecho constitutivo de la infracción penal o de una causa de exclusión de responsabilidad penal el juez o tribunal fijará la pena entre la tercera parte del mínimo y la tercera parte del máximo de la pena señalada para el delito. De igual manera se fijará la pena en los casos de error vencible sobre la ilicitud del hecho constitutivo de la infracción penal o de una causa de justificación".

de imputabilidad; y nótese, que aunque estos elementos de la culpabilidad no sigan una estructura vertical, no puede soslayarse el hecho de que para tener conciencia de la ilicitud, también debe haber concurrencia de la imputabilidad.

Por último, con la reforma actual sobre los límites de la pena, respecto del concurso material, la pena de prisión en su límite se ha exacerbado hasta alcanzar el grado de 75 años, lo anterior es un notorio fraude a la Constitución, que ha proscrito las penas perpetuas, y esta prohibición –entiendo– no debe verse bajo un prisma meramente formal, sino también material, con lo cual se está diciendo, que aunque las penas tengan un límite señalado, lo excesivo de las mismas significará ya materialmente una pena perpetua; además, las penas de larga duración, fundamentadas en criterios de dureza y de castigo hacia la criminalidad, desnaturalizan la función que la pena tiene en nuestro orden constitucional y obviamente vulnera el postulado resocializador del artículo 27 de la Constitución ²⁵⁶.

Igual predicado de desnaturalización en cuanto a la función de la pena, puede objetarse a los incrementos punitivos para ciertos delitos, por ejemplo el secuestro no agravado, que tenía una pena de diez a veinte años de prisión, y que luego fue incrementada de veinte a treinta años de prisión – sin que transcurriera más de cuatro meses– fue nuevamente reformado, asociándosele una pena de treinta a cuarenta y cinco años de prisión, pena que en caso de agravarse el secuestro, conforme al artículo 150 CP oscilaría entre cuarenta y cinco años como límite mínimo, a sesenta años como límite máximo en su dosimetría abstracta por el aumento de una tercera parte; tales incrementos punitivos son desproporcionados y vulneran principios constitucionales ya esbozados.

En igual sentido se ha ido incrementando las penas del delito de homicidio agravado que originalmente tenía una pena de veinte a veinticinco años de prisión y de veinticinco a treinta años de prisión. La primera reforma, se dicta con fecha del 4 de Octubre de 1999 e incrementa la pena de prisión de veinticinco a treinta años de prisión, en razón de algunas agravantes y de treinta a treinta y cinco años de prisión por otras. Por decreto legislativo del 22 de octubre de 1999, se reforma la misma disposición –en menos de dieciocho días– y aunque se mantuvo la misma dosimetría abstracta de la pena se incluyeron otros supuestos en el rango de treinta y cinco años de prisión. La última reforma merece actualmente una pena de treinta a cincuenta años de prisión, para todos los supuestos de hechos calificantes del homicidio agravado, según decreto legislativo

256. En lo pertinente el Art. 27 Cn en su último inciso reza: "El Estado organizara 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". Sobre tal norma la intelección del máximo tribunal en materia constitucional es la siguiente: "

del 31 de julio del 2001.

Una reflexión in limine sobre tal forma de legislar, demuestra la disparidad en la tutela de los bienes jurídicos y como la reforma penal se realiza asistematicamente, y sin una discusión profunda en cuanto a sus repercusiones dogmáticas. Por ejemplo el homicidio simple tiene desvalorada una pena de diez a veinte años de prisión, el secuestro “simple”, es decir, aquel que no es agravado, tiene una pena que rebasa dicho límite, puesto que va de veinte a treinta años de prisión, en su primera versión original, y actualmente de treinta a cuarenta y cinco años de prisión.

Con todo y que el secuestro es un delito que merece un reproche firme en su aspecto preventivo general, entiendo que el objeto de protección que tutela dicha norma penal, que es sumamente estimable, no puede quedar sobre otro que personalmente estimo más valioso, el cual es la vida humana. Ahora bien, si esa comparación ya es desproporcionada, lo es aun más, cuando se trata del secuestro agravado, o como el código le denomina “atentados contra la libertad agravados”, en estos últimos, la pena oscila de entre cuarenta y cinco a sesenta años de prisión, y con ello se rebasa todo el límite inclusive del homicidio agravado, con ello se afectan los principios de lesividad y culpabilidad.

Reitero, aunque privar a una persona de su libertad en la modalidad de secuestro, sea un acto deleznable y que requiere una sanción grave, este acto no puede significar más que privar a una persona de su existencia, esto último, es de mayor gravedad, por lo que significa la trascendencia del bien jurídico vida; un ejemplo de la importancia de la vida, se ha manifestado cuando se reforma la Constitución²⁵⁷, para reconocer la calidad de persona humana a todo ser humano desde el momento de la concepción, lo cual significa, una área de tutela especial sobre el bien jurídico vida; y sin embargo en el merecimiento penal, la vida queda devaluada como objeto de protección, en razón de la importancia que se le asigna a la sanción, de ahí que estas penas sean desproporcionadas.

15. LA CRIMINALIZACION EN LAS AVANZADAS MEDIANTE PENAS DESPROPORCIONADAS.

Una de las actuales tendencias del derecho penal de amplio espectro, es profundizar más la intervención penal, hasta límites que se consideraban intangibles, la permisón bastante laxa sobre los confines que tiene el legisferante para configurar conductas delictivas, y la no visión

257. El actual artículo 1 de la Constitución en lo pertinente reza: “El Salvador reconoce a la persona humana como el origen y el fin de la actividad del Estado, que está organizado para la consecución de la justicia, de la seguridad jurídica y del bien común. Así mismo reconoce como persona humana a todo ser humano desde el instante de la concepción”.

de los principios constitucionales del derecho penal, que funcionan de manera sistemática, ha permitido este avance hasta ahora inimaginable, a zonas vedadas desde los principios que informan el derecho penal demoliberal, que si tenía claridad sobre los límites del poder penal.

Ordinariamente el derecho penal, interviene cuando el bien jurídico ha sido puesto en peligro, es decir, estamos refiriéndonos a la tentativa, ése, digámoslo así, es el límite de la punibilidad en la generalidad, de ahí que, al contrario los actos que se conocen como preparatorios al delito y las llamadas “resoluciones manifestadas” sólo muy excepcionalmente admiten un límite de punición. El por que de esta decisión, obedece a una pluralidad de razones, desde la más fundamental que no permite la punición de lo interno bajo el apotegma “Los pensamientos no se castigan”, pasando por el principio de legalidad, de lesividad, de culpabilidad y por el de intervención mínima que también se ven afectados en sus estructuras particulares.

En conclusión, podemos afirmar que mientras la fase interna (ideación, deliberación y resolución criminal) del delito no admite punición, tampoco la admite de manera genérica, la llamada fase intermedia (resoluciones manifestadas como la proposición y la conspiración) cuya punición también es extraordinaria. En cuanto a la fase externa, mientras los actos preparatorios del delito son excepcionalmente penados, si resultan punibles ordinariamente sus otros presupuestos que son los actos de ejecución, de consumación y agotamiento del delito; precisamente este límite usual de punibilidad, esta marcado por la tentativa que se incardina con los actos de ejecución, aunque no sobrevenga la consumación del delito.

De ahí que, las denominadas resoluciones manifestadas, que ya suponen una exteriorización de la conducta criminal, lo son es un plano tan remoto, que se les ubica en un ámbito intermedio entre fase interna y externa del delito. Para los fines que aquí interesan, esa expresión de una vocación criminal, esta bastante alejada de una puesta en riesgo para el bien jurídico, es por ello que, sólo de manera muy excepcional se legitima la punición de estas acciones; esa noción es lo que refleja institutos jurídicos como la proposición y la conspiración, cuando en el artículo 23 CP²⁵⁸ se señala que proponer la ejecución de delitos o conspirar para cometer los mismos, sólo se sancionará cuando se determine expresamente; es decir bajo un modelo de *numerus clapsus* en los cuales con especificidad se indique la punición autónoma de estas conductas; pero aún esa

258. Dice el artículo 23 CP “Existe proposición cuando el que ha resuelto cometer un delito solicita de otro u otras personas que lo ejecuten o le presten su ayuda para ejecutarlo. Hay conspiración cuando dos o mas personas se conciertan para la ejecución de un delito y resuelven ejecutarlo. La proposición y la conspiración sólo son sancionadas en los casos expresamente establecidos en este Código.

habilitación normativa, no es una especie de “patente de corso”, para criminalizar mediante la conspiración o proposición toda especie de conducta, sino que estas atribuciones del poder legislativo se ven limitadas por los principios de lesividad del bien jurídico, y por el de intervención mínima que son propios de un Estado Constitucional de Derecho.

La reforma actual, introduce esta modalidad de criminalización de conductas, para tipos penales en los cuales, esta esfera de expansión nunca había sido utilizada, y lo hace de manera indiscriminada en algunos casos; más allá de la necesidad de punir estas conductas, en algunas áreas que podrían ser sensibles, por la jerarquía de los bienes jurídicos tutelados y de su legitimidad constitucional, debemos reiterar nuestra opinión, en el sentido que estos mecanismos de expansión del poder penal deben ser utilizados de manera extraordinaria.

Lo que sí debemos tener en cuenta, es que mediante esta técnica legislativa, de adelantar las barreras de la punición, se comprometen –y en serio– las garantías y libertades de los ciudadanos, y ello genera una expansión del poder penal del Estado, del cual debemos estar bien conscientes, puesto que esa línea de política penal –indudablemente– nos traslada a una especie de “Estado Penal”, en verdad, que aunque esta opción político criminal no es nueva, se ha renovado actualmente con la visión de un moderno derecho penal, que anhela conjurar al derecho penal liberal, y una de sus formas predilectas, es aproximar la criminalización, hacia estadios en los cuales el objeto de protección no está en una situación de peligro, y por lo cual la anticipación del derecho penal deviene en excesiva²⁵⁹, de ahí que, esta forma de intervención penal sea nominada como “Criminalización en un estadio anterior o en las avanzadas de la lesión de un bien jurídico”²⁶⁰

Actualmente la proposición y la conspiración, se ha ampliado para los delitos de homicidio, privación de libertad, secuestro y delitos contra el patrimonio. Para el caso del homicidio agravado, la norma dice: Art. 129-A CP “La proposición y conspiración en los casos de homicidio agravado serán sancionados respectivamente, con igual pena que la establecida para el artículo anterior”. Respecto de los delitos contra la libertad individual, el precepto del 149-A CP reza: “La proposición y conspiración para cometer cualquiera de las conductas descritas en los dos artículos anteriores, serán sancionadas, para el caso de privación de libertad con prisión de uno a tres años, y para el caso del secuestro, con prisión de diez a veinte años”.

259. Ver por ejemplo los fundamentos que concede Jakobs para oponerse a tal forma de intervención punitiva. JAKOBS Günther “Estudios de Derecho Penal”. Traducción de Enrique Peñaranda Ramos, Carlos J. Suárez González y Manuel Cancio Melia. Editorial Civitas. Primera edición. Madrid. España. 1997 ps. 295 a 299.

260. En tal sentido ARCE VIQUEZ Jorge Luis, CHIRINO SÁNCHEZ Alfredo “Los Problemas de la Política Criminal del Peligro”. Consideraciones en torno a la punibilidad de los llamados “actos preparatorios” como delitos independientes. Nueva Doctrina Penal. 1999-A. Editores del Puerto. Buenos Aires. Argentina. 1999 p. 4

En cambio, para los delitos contra el patrimonio, la norma del artículo 214 CP prescribe que: “La proposición y conspiración para cometer cualquiera de los delitos mencionados en este capítulo, con excepción del delito de receptación, serán sancionados con igual pena que para los delitos referidos respectivamente”.

De estas formas de avanzar la punición a estadios de proposición y conspiración, debemos señalar que, mientras en el homicidio, esta forma únicamente se dispone para el homicidio agravado y no para el homicidio simple; en los delitos que atentan contra la libertad individual, se consideró únicamente la privación de libertad y el secuestro. Al contrario, en delitos patrimoniales, hubo una mayor expansión, puesto que a excepción de la receptación, se criminalizó el proponer o conspirar para el robo, el robo agravado, la extorsión, y la conducción de mercaderías de dudosa procedencia.

Lo anterior refleja, que se ha ordinariado la legislación punitiva, para actos que muy excepcionalmente deben ser punibles; aquí debe tenerse en cuenta, que cuando se adelantan las barreras de punición, esta decisión para que sea razonable en el ámbito de la proporcionalidad de tutela de derechos, debe atenderse a criterios de máxima necesidad, por ejemplo la especial forma de crear riesgos para determinados bienes jurídicos, que por su especial connotación, son puestos en peligro de manera también extraordinaria; de ahí que, la punición respecto de la conspiración o proposición para cometer actos de terrorismo o para realizar sediciones o rebeliones, si resulte plenamente justificada, por la excepcionalidad de tales conductas, y por la necesidad de adelantar la tutela para los especiales bienes jurídicos, que por medio de estas incriminaciones se resguardan.

Ahora bien, hay un punto de especial relevancia, tanto en la proposición y conspiración en los delitos de homicidio agravado y en los patrimoniales. En ambos casos, ha ocurrido una convergencia, en cuanto a los límites abstractos de la pena, y consiste en fijar para estos actos de comunicación de oferta delictiva, la misma pena que para el delito consumado de su especie. Es decir, la misma pena, con la cual se merece la proposición y conspiración para cometer homicidio agravado, robo, robo agravado, extorsión etcétera; es la misma, que esta fijada para el grado de consumación delictiva del homicidio agravado, del robo etcétera. Debe inferirse entonces, que se ha dotado de igual desvalor, tanto el conspirar o proponer matar o robar, que el efectivamente causarle la muerte a una persona o robarle.

Esta visión de conferir un equivalente desvalor a ambas situaciones, afecta principios fundamentales, que al momento de criminalizar conductas,

no pueden obviarse, salvo que la voluntad legisferante sea transgredir la Constitución, nos estamos refiriendo, a los principios de lesividad, de culpabilidad y de proporcionalidad.

Básicamente, el homologar la pena de un acto conspirado o propuesto para delinquir, con una conducta que ha injuriado ya al bien jurídico, es una manifestación de la desproporción en la dosimetría de la pena en abstracto, ello genera un exceso en el *cuantum* de la pena, que es irrazonable, y el legislador aún con todo el poder de configuración que quiera reconocérsele, esta obligado a no crear penas excesivas, en cuanto a su merecimiento en la formulación del tipo penal, ello como lo ha reconocido la Sala Constitucional, en virtud del principio de proporcionalidad que impide desde el marco constitucional, que el Estado cree penas desproporcionadas, que al final son penas injustas, de ahí que, el grado de tutela del bien jurídico significado por la pena que se fija, debe responder al nivel de afectación de dicho bien jurídico, y no es proporcionado sancionar con igual pena una conspiración que un hecho consumado²⁶¹.

El desacierto señalado en cuanto a la graduación de la pena, también presenta severas consecuencias en el ámbito de la dogmática jurídico-penal, y ello por que, una reforma a un precepto penal, termina afectando el orden sistemático que informa todo el *corpus iuris*, vasta señalar que el equiparar las penas de las resoluciones manifestadas –proposición y conspiración– con las penas del delito que se regula en la parte especial, que esta formulado bajo la especie del delito consumado, vuelve disfuncional el concepto de tentativa, y genera la insólita consecuencia, de que la pena para un delito imperfecto, que es una conducta criminal ya en fase de ejecución y más grave, por su mayor afectación al bien jurídico, tenga una pena menos severa, que la que se depara para la proposición o conspiración, que tiene signada una pena más rigurosa con un riesgo de mínima entidad para el objeto de protección, de ahí que para el “criminal”, resultaría más beneficioso, intentar el delito que proponerlo o conspirar para iniciarlo, por que estas últimas acciones, resultan con una pena más grave, que la que se le impondría con la ejecución del delito sin alcanzar su consumación; de ahí que, si con ello se pretende enviar un mensaje preventivo disuasorio al criminal, ciertamente esta opción es un verdadero averroísmo jurídico, puesto que resulta con menos pena, intentar cometer un delito que conspirar a cometerlo.

261. La proporcionalidad vista desde la óptica punitiva, la Sala Constitucional las determinó en cuatro aspectos, que deben observarse, los cuales son: “ (a) la idoneidad de los 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”. Sentencia de Inconstitucionalidad de la ley de Emergencia... op. cit p. 96.

Lo anterior, sólo sirve para destacar que los excesos del poder llevan a verdaderas irracionalidades, que sólo tienen como finalidad, presentar un derecho penal enfáticamente severo, para legitimar las intervenciones punitivas, al amparo de un derecho penal maximizado, que pretendiendo velar por la “seguridad” de la ciudadanía, arrasa con los fundamentos del Estado Constitucional y con los principios y garantías que lo informan ²⁶², sin considerar siquiera, las profundas incorrecciones conceptuales, que subyacen a nivel de dogmática penal, las cuales significan no otra cosa, que notorias violaciones a principios y garantías constitucionales.

16. FORMULAS DE IMPUNIDAD POR EXCLUSION DE RESPONSABILIDAD.

Una situación que si es preocupante, es la intención de dotar de amplias formulas de exclusión de responsabilidad, tanto a autoridades policiales como militares, en cuanto a las afectaciones que las actuaciones de los mismos, signifiquen para los bienes jurídicos de los gobernados. Sutilmente, se pretende en el área del derecho procesal penal ²⁶³, introducir una verdadera causa de exclusión de responsabilidad penal, propiamente una causa de ejercicio del deber, que operaría desde el ámbito del procedimiento, como una “presunción irracional a la inversa”, puesto que en lugar de constituir una presunción de culpabilidad, constituiría una presunción de impunidad.

Si se nota, la formula presenta dos características principales: una de ellas, es la imperatividad con la cual se pretende vincular las decisiones del juez, mediante la sujeción a lo que diga otra autoridad, esa es la intelección que surge cuando se prescribe “se considerará como excluyente de responsabilidad penal a favor del imputado, el informe remitido a la Fiscalía General de la República o al Juez respectivo por la autoridad

262. Sobre estos modelos de intervención punitiva que impulsan un sistema penal de amplio espectro en todas sus áreas, avasallando al sistema de garantías ver: HASSEMER Winfried “Límites del Estado de Derecho para el combate contra la Criminalidad Organizada”. Traducción de Alfredo Chirino Sánchez en Revista Justicia de Paz. N° 11. Año V-Vol. I. Enero-Abril. 2002. San Salvador. El Salvador ps. 1 a 2. Específicamente sobre la exacerbación de la pena confrontar ZAMBRANO PASQUEL Alfonso “Sentido y Justificación de la Pena” en Jornadas sobre Sistema Penitenciario y Derechos Humanos. Editores del Puerto. Buenos Aires. Argentina. 1997 p. 15.

263. El artículo 241 inciso segundo y tercero reza: “Cuando con ocasión de actos realizados en el ejercicio de sus funciones, los oficiales y agentes de policía, o de los elementos militares que colaboren en la ejecución de un procedimiento policial, debidamente autorizado, lesionaren un bien jurídico, se considerará como excluyente de responsabilidad penal a favor del imputado, el informe remitido a la Fiscalía General de la República o al Juez respectivo por la autoridad competente, sobre las circunstancias en que ocurrieron los hechos. El Director de la Policía Nacional Civil será responsable de la veracidad del informe que se señala en el inciso anterior, el cual será apreciado por el juez, junto con el resto de las evidencias que sobre las circunstancias en que sucedieron los hechos hubieren, a efecto de dictar la resolución que proceda”. Es de hacer notar, que esta infausta reforma tiene antecedentes “oscuros” precisamente en otras enmiendas que estuvieron vigentes en la época del conflicto armado y que posibilitaron la impunidad de hechos sucedidos en aquel período. Sirva para efectos de comparación, la cita del artículo 504 inciso final del Código Procesal Penal de 1973 que dice: “Cuando con ocasión de actos realizados en el ejercicio de sus funciones, los miembros de los órganos auxiliares a que se refieren las letras a), b), c) y d) del artículo 11 de este Código, lesionaren un bien jurídico, constituirá presunción legal de que obra a favor del imputado causa de justificación o inculpabilidad, el informe remitido al juez respectivo y debidamente ratificado por el Director General del cuerpo o institución al que aquellos pertenecieren, sobre las circunstancias en que ocurrieron los hechos”.

competente"; posteriormente, la veracidad de dicho informe, se ciñe a la autoridad del Director de la Policía Nacional Civil. La otra característica, es la capacidad que se le signa a un informe para demostrar hechos, lo cual vuelve esta norma, constitutiva y no asertiva, puesto que de manera previa y sin acudir a planos de la realidad, se quiere dotar de capacidad probatoria, a un informe de escritorio, sobre "las circunstancias en que ocurrieron los hechos".

Un examen –en apretado epitome– del contenido de dicho precepto muestra que el mismo

puesto que se impone su valoración en este caso a la autoridad judicial, la cual deberá considerar como excluyente, que el policía o militar ha actuado en el ejercicio de sus funciones, por que así lo expresa el informe de otra autoridad. Si estimamos que los jueces y Magistrados –de conformidad al Art. 172 Cn– sólo están sometidos a la Constitución y las leyes, y no a informes que emitan otras autoridades, la intromisión en la facultad valorativa del tribunal, compromete los ámbitos de su independencia externa y de la imparcialidad con la cual se deben resolver los asuntos, los cuales están ceñidos únicamente la convicción jurídica del juez.

puesto que, la habilitación que hace el artículo 241 CPP crea una especie de tarifa legal, con un valor ya predeterminado para acreditar una situación de hecho.

que tienen precisamente su razón de ser, en la incorporación de los elementos probatorios mediante un contradictorio real; lo cual no sucede en este caso, puesto que, se trata de establecer mediante una relación escrita, que una persona al actuar como policía en un procedimiento de esa naturaleza, al afectar un bien jurídico de un tercero, lo hizo en el cumplimiento del deber, y por ello deberá de excluirse su responsabilidad penal.

De ahí resulta, que un hecho complejo y que sería el aspecto medular del debate, en el sentido de si la autoridad, ha actuado o no al amparo de una causa excluyente al afectar bienes jurídicos ajenos, se pretende resolver mediante un informe escrito, al mejor estilo de una "prueba preconstituida", solo que, en estos casos, queda comprometida la tutela de los derechos fundamentales de la persona humana, esos mismos sobre los que el artículo 2 de la Cn garantiza que se tutelará la

conservación y defensa de los mismos ²⁶⁴.

Como lo dijimos, la norma es una ficta, sólo que de impunidad, la cual es verdaderamente innecesaria, puesto que, la única presunción admisible por la Constitución, es la de ser inocente ante la imputación de un delito –artículo 12 Cn – y dicha norma también protege a los agentes de policía o militares, a quienes se les sindicó la ejecución de un injusto penal, hasta que no se demuestre por quien los acusa, que son culpables.

17. LA OBLIGATORIEDAD DE LA PRISIÓN PREVENTIVA.

Por ultimo, es importante indicar la visión completamente restrictiva del derecho de libertad, que se formula por el poder legisferante, al emanar una norma –artículo 294 CPP ²⁶⁵ que impone la detención provisional, como regla general, sin excepción alguna de otra medida cautelar, para el ciudadano que resultando imputado de un delito determinado, deba enfrentar un proceso penal.

Estamos aquí, ante el advenimiento de la prisión penal obligatoria, que avasalla la presunción de inocencia, puesto que, independientemente que hasta ese momento, el justiciable de acuerdo con el artículo 12 Cn sea considerado inocente, deberá guardar detención provisional, hasta que finalice el proceso penal incoado, es este un verdadero tratamiento de culpable, a quien hasta ese momento la norma constitucional considera inocente, lo cual no debe quedarse en una mera declaración de intenciones del texto constitucional, sino que debe incardinarse en la realidad, al imputado más que se le diga que es inocente, le interesa que se le trate como tal, y dicho epíteto –el de ser inocente– elevado al rango de *norma normarun*, pierde todo sentido, si esa persona que se considera inocente por ministerio de ley, debe guardar detención provisional hasta que finalice el proceso, lo cual es excesivo, si se tiene en cuenta que la detención

264. Ciertamente, la Sala Constitucional ya se pronunciado, sobre ese deber de tutela que corresponde a todo el Estado a partir de lo enunciado por el Art. 2 Cn. y sobre ello se dijo: "Tal derecho "se ha instaurado con la simple pero esencial finalidad de darle vida a todas las categorías jurídicas subjetivas integrantes de la esfera jurídica del individuo, al poder validamente reclamar frente a actos particulares y estatales que atenten contra la conservación, mantenimiento, defensa y titularidad de tales categorías. Ahora bien, abstracción hecha de su finalidad, puede perfectamente decirse que tal derecho viene a reconocer de manera expresa la posibilidad que tiene todo ciudadano de acudir al órgano estatal competente para plantearle, vía pretensión procesal, cualquier vulneración inconstitucional en la conservación, defensa, mantenimiento y titularidad de sus derechos. Y es que en efecto tal disposición constitucional obliga al Estado salvadoreño a dar protección jurisdiccional integral a todos sus miembros, frente a actos arbitrarios e ilegales que afecten la esfera jurídica de los mismo, y a través del instrumento heterocompositivo –también creado constitucionalmente– diseñado con tal finalidad: el proceso jurisdiccional en todas sus instancias y en todos sus grados de conocimiento. En tal sentido el proceso como realizador del derecho a la protección jurisdiccional, es el instrumento de que se vale el Estado para satisfacer las pretensiones de los particulares en cumplimiento de su función de administrar justicia". (Sentencia de Amparo del 25 de Mayo de 1999 Ref. 167-97).

265. En lo pertinente dicho artículo en su inciso final dice: "No procederá la sustitución por otra medida cautelar, en los delitos siguientes: homicidio simple, homicidio agravado, secuestro, violación sexual de cualquier clase, agresión sexual en menor o incapaz, agresión sexual agravada, robo agravado, extorsión, defraudación a la economía pública, delitos contemplados en la ley reguladora a las actividades relativas a las drogas y los delitos contemplados en la Ley Contra el Lavado de Dinero y Activos".

provisional es una medida cautelar que aunque provisional no es fungible²⁶⁶.

De ahí que, la prisión provisional obligatoria, que es aquella que necesariamente debe imponerse por imperio de ley secundaria, altera el principio constitucional de inocencia, lo cual vuelve inconstitucional esa norma, puesto que la incardinación del principio de inocencia, *mutatis mutandi*, ha significado la evolución de la concepción del procesado en nuestro ordenamiento jurídico procesal, de una persona tratada como culpable, a una que tiene garantizado el status de inocente, mientras no se declare mediante un juicio su culpabilidad.

Ciertamente, lo que sucede con normas de esta naturaleza, es que pierden su sentido, la prisión preventiva, no esta destinada para mantener a la persona “tras las rejas” en detención provisional sólo por que la autoridad le ha formalizado una imputación, al contrario, la prisión preventiva sólo se justifica, cuando además de dicha imputación procesal, que debe tener como base una sospecha fundada, se demuestra que la persona no se vinculara al proceso y al ulterior juicio que pueda sobrevenir, o que el justiciable haya realizado una actividad que pueda hacer inferir razonablemente a la autoridad, que él mismo afectará la investigación, poniendo en peligro objetivo, las fuentes de prueba. Sólo si ello acontece, se justifica una detención provisional, de lo contrario la persona debe estar en libertad, aunque este vinculada al proceso penal, por otras medidas restrictivas de sus derechos fundamentales, que garanticen su vinculación al procedimiento.

Como correctamente lo ha indicado la Sala Constitucional, la privación de libertad que constituye la detención provisional, no puede ser la regla general, y su procedencia no puede fijarse de manera anticipada en abstracto, sí así se hace, en razón de un título de imputación delictiva, es decir, al hecho de que se atribuya a la persona un delito determinado, la misma deviene en inconstitucional²⁶⁷, lo cual en nuestro sistema es un

266. La Sala Constitucional al comentar este punto ha considerado que: “Asimismo, y ya que la libertad constituye la regla general, la detención provisional, por su calidad privativa del ejercicio de un derecho fundamental, debe interpretarse restrictivamente; es decir en la aplicación de la misma debe regir el principio pro libertatis. Esto significa que, dada la no fungibilidad de la libertad personal, la detención provisional se convierte en la medida más gravosa para el imputado durante el desarrollo del proceso –por su irreparabilidad en caso de absolución–; en consecuencia, la detención provisional sólo procede cuando no existan otras formas menos gravosas para la libertad que permitan alcanzar los mismos fines que aquella”. Sentencia de Inconstitucionalidad de la Ley de Emergencia... op. cit p. 127 a 128.

267. El Tribunal de la materia al examinar el apartado de la detención provisional obligatoria y la excarcelación –que tal era el instituto que regulaba el cesamiento de la detención provisional en ese momento– expresó que: “Si se sigue la lógica contenida en el Art. 15 del texto legal impugnado, se impone la regla que, en el caso de los procesos penales en que se investigan los delitos que la disposición legal menciona, todos los imputados deben estar detenidos. Con esto, la ya denunciada ecuación imputación igual a detención provisional adquiere reconocimiento legal, pero es evidente que la misma es errónea por no responder a los principios constitucionales que rigen la persecución penal. Cuando se acude al mecanismo de prohibir la excarcelación, se está prescribiendo la detención provisional como medida obligatoria; o dicho con otras palabras, en dicho artículo se postula la privación de la libertad que la detención supone como necesidad investigativa, circunstancia que no puede ser constitucionalmente la regla. Si desde una perspectiva constitucional la excarcelación es la regla general, lo que puede hacer el legislador secundario es señalar los supuestos en que excepcionalmente podrá el juez –en resolución motivada– denegar aquella; pero no puede, sin violar la normativa constitucional, disponer en abstracto supuestos en los que la excarcelación no podrá concederse; es decir, en abstracto todo delito es excarcelable, y el legislador secundario puede disponer los motivos por los cuales el juez puede rechazar la concesión de la excarcelación”. Sentencia

deber del juez ordinario de la Constitución declarar, mediante la inaplicabilidad que estatuye al caso en concreto el Art. 185 de la Constitución

268

CONCLUSIONES

La visión que nos presenta el actual sistema penal salvadoreño, trastocado por las numerosas reformas, que se han ido realizando en todo el cuerpo normativo, como decisiones de política penal, que se cimientan en una política criminal, ejercida en grandes ámbitos al margen de los principios y garantías constitucionales, son las que a continuación se detallaran:

1) La necesidad de que las decisiones de política criminal en el área de la política penal, sean asumidas bajo un enfoque sistemático, y teniendo en cuenta las realidades que acontecen en nuestra sociedad, para que las reformas legislativas cuenten con una base empírica, del verdadero funcionamiento del sistema penal.

2) Que las decisiones sobre las políticas de enfrentar el delito y la criminalidad, deben respetar el Estado Constitucional de Derecho, que ha instaurado la Constitución de 1983 y todos los principios, derechos y garantías que emanan de la misma, a favor de las personas y como límites del poder del Estado.

3) Que las decisiones de política penal, que se han traducido en múltiples reformas al Código Penal, Procesal Penal y a la Ley Penitenciaria, son en muchos ámbitos, transgresoras de los principios y garantías que otorga nuestra Constitución.

4) Que al optarse por un derecho penal de amplio espectro, que restringe irrazonablemente los derechos y libertades de los ciudadanos; y que a su vez concede oportunidades de impunidad para actos de poder estatal, se da preferencia a una política criminal con matices marcadamente autoritarios.

5) Que la exacerbación punitiva del legisferante, al crear tipos penales con penas irrazonables y desproporcionadas, atentan contra la función de la pena, que esta dirigida primordialmente a readaptar a la persona según lo estatuye el artículo 27 CN.

6) Que la criminalización en las avanzadas a los estados previos a la lesión del bien jurídico, debe ser excepcionalísima, y la pena que se dispensa debe ser proporcional; si la sanción fijada en abstracto, es la misma que tiene el merecimiento del delito consumado, se transgrede el principio de proporcionalidad, en el ámbito de la prohibición de exceso en

de Inconstitucionalidad de la Ley de Emergencia... op. cit. ps. 134 a 135.

268. Dice el artículo precitado que: "Dentro de la potestad de administrar justicia, corresponde a los tribunales, en los casos en que tengan que pronunciar sentencia, declarar la inaplicabilidad de cualquier ley o disposición de los otros Órganos, contrarios a los preceptos constitucionales.

la pena.

7) Que la creación de causas de exculpación, mediante informes de autoridades del gobierno, sobre los hechos relacionados con la responsabilidad de funcionarios o agentes policiales o militares, atenta contra la independencia e imparcialidad de los jueces; crea una presunción legal que es violatoria de la sana crítica, como método de valoración de la prueba, y propicia ámbitos de impunidad, que marcan la selectividad del sistema penal desde las decisiones de política criminal.

8) Que el uso de la prisión preventiva, como regla general para ciertos delitos establecidos normativamente, en los cuales en abstracto, se prohíbe la sustitución de otra medida cautelar distinta a la detención provisional, transgrede el principio constitucional de presunción de inocencia, que garantiza el artículo 12 Cn a todos los habitantes de la República a los que se impute un hecho delictivo.

BIBLIOGRAFÍA.

ARCE VIQUEZ Jorge Luis, CHIRINO SÁNCHEZ Alfredo "Los Problemas de la Política Criminal del Peligro". Consideraciones en torno a la punibilidad de los llamados "actos preparatorios" como delitos independientes. Nueva Doctrina Penal. 1999-A. Editores del Puerto. Buenos Aires. Argentina. 1999.

BINDER Alberto M. "Política Criminal". De la formulación a la praxis. AD-HOC. Buenos Aires. Argentina, 1997.

BUSTOS RAMIREZ Juan, HORMAZÁBAL MALARÉE Hernán "Lecciones de Derecho Penal". Volumen I. Fundamentos del sistema penal, esquema de la teoría y del sujeto responsable y teoría de la determinación de la pena. Editorial Trotta. Madrid. España. 1998.

BUSTOS RAMIREZ Juan "Control Social y Sistema Penal". PPU. Barcelona. España. 1987

CADAVID QUINTERO Alfonso "Introducción a la Teoría del Delito". Especial consideración a los fundamentos del delito imprudente. Biblioteca Jurídica DIKE. Medellín. Colombia. 1998.

• CAFFERATA NORES José I. "La Prueba en el Proceso Penal". 3° edición actualizada y ampliada. Depalma. Buenos Aires. Argentina. 1998.

• CAFFERATA NORES José I. "Cuestiones Actuales sobre el Proceso Penal". Tercera edición actualizada. Editores del Puerto. Buenos Aires. Argentina. 2000.

CALDERON CEREZO Angel, CHOCLÁN MONTALVO José Antonio "Principios, Hecho Punible y Responsabilidad Penal" en Revista Justicia de Paz. Año I. Vol. I. Septiembre-Diciembre. 1998. (CSJ-AECI). San Salvador. El Salvador. 1998.

CARRANZA Elías "La interrelación de la Ciencia Penal con la Política Criminal" en "La Ciencia Penal y la Política Criminal en el Umbral del Siglo XXI". Coloquio Internacional. Instituto Nacional de Ciencias Penales. México D.F. 1996.

CASADO PÉREZ José María, DURAN RAMÍREZ Juan Antonio, DURO VENTURA Cesareo, LÓPEZ ORTEGA Juan José, MARCO COS José Manuel, SALAZAR GRANDE Cesar E. y SEOANE SPIEGELBERG José Luis "Código Procesal Penal Comentado". Tomo I. Corte Suprema de Justicia. Primera edición. San Salvador. El Salvador. 2001.

CREUS Carlo "Metodología y Derecho Penal" en AA. VV. "Derecho Penal y Derecho Procesal Penal". Libro Homenaje a Carlos Alberto Contreras Gómez. Abeledo-Perrot. Buenos Aires. Argentina. 1997

• CHIRINO SÁNCHEZ Alfredo "La Criminalidad Organizada". Como un nuevo topos de la política de seguridad y orden. Revista Justicia de Paz. N° 11. Año V-Vol. I. Enero-Abril. 2002.

San Salvador. El Salvador 2002.

- CHIRINO SÁNCHEZ Alfredo "Sobre los 30 años perdidos de las ciencias penales en Costa Rica" en "Derecho, Autoritarismo y Estado". Apuntes de derecho penal. Cuaderno n° 1. Editorial Jurídica Continental. San José. Costa Rica. 2002.

CHOCLAN MONTALVO José Antonio "Culpabilidad y Pena". Su medición en el sistema penal salvadoreño. Edición Justicia de Paz. (CSJ-AECI). San Salvador. El Salvador. 1999.

- DALL'ANESE Francisco "Ni Satanizar ni Sacralizar" en "Delito, Autoritarismo y Estado". Apuntes de derecho Penal. Cuaderno n° 1. Editorial Jurídica Continental. San José. Costa Rica. 2002.

- DALL'ANESE Francisco "La cobertura de la prensa sobre hechos criminales desde la perspectiva de los jueces" en Revista de la Defensa Pública. N° 2. Octubre. San José. Costa Rica. 2002.

DELMAS-MARTY Mireille "Modelos Actuales de Política Criminal". Traducción de Marino Barbero Santos. Colección Temas Penales. Serie A N° 4. Centro de Publicaciones. Ministerio de Justicia. Madrid. España, 1986.

DÍAZ Elías "Estado de Derecho y Sociedades Democráticas". Cuarta edición. Editorial Taurus. Madrid. España. 1972.

FERRAJOLI Luigi "Derecho y Razón". Teoría del Garantismo Penal. Traducción de Perfecto Andrés Ibañez y otros. Editorial Trotta. Madrid. España. 1997.

FERNANDEZ Gonzalo D. "El Proceso hacia la reconstrucción democrática de la culpabilidad penal" en AA. VV. "De las Penas". Homenaje al Profesor Isidoro de Benedetti. De Palma. Buenos Aires. Argentina. 1997. 21. GUARIGLIA Fabricio "Las Prohibiciones Probatorias" en AA. VV. "El Nuevo Código Procesal Penal de la Nación". Análisis crítico. Editores del Puerto. Buenos Aires. Argentina. 1993.

- HASSEMER Winfried "Fundamentos de derecho Penal". Traducción y notas de Francisco Muñoz Conde y Luis Arroyo Zapatero. Bosch. Barcelona. España. 1984.

- HASSEMER Winfried, MUÑOZ CONDE Francisco "Introducción a la Criminología y al Derecho Penal". Tirant lo Blanch. Valencia. España. 1989.

- HASSEMER Winfried, MUÑOZ CONDE Francisco "La Responsabilidad Penal por el Producto en Derecho Penal". Tirant lo Blanch. Valencia. España. 1995.

- HASSEMER Winfried "Viejo y Nuevo Derecho Penal" en "Persona, Mundo y Responsabilidad". Bases para una teoría de la imputación en derecho penal. Traducción de Francisco Muñoz Conde y María del Mar Díaz Pita. Editorial Temis. Santa Fé de Bogotá. Colombia. 1999

- HASSEMER Winfried "Límites del Estado de Derecho para el combate contra la Criminalidad Organizada". Traducción de Alfredo Chirino Sánchez. Revista Justicia de Paz. N° 11. Año V-Vol. I. Enero-Abril. 2002. San Salvador. El Salvador. 2002.

HORMAZÁBAL MALARÉE Hernán "Bien Jurídico y Estado Social y Democrático de Derecho". El objeto protegido por la norma penal. PPU. Barcelona. España. 1991.

- JAKOBS Günther "Derecho Penal". Parte General. Fundamentos y Teoría de la Imputación. 2ª edición corregida. Traducción de Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo. Editorial Marcial Pons. Madrid. España. 1997.

- JAKOBS Günther "Estudios de Derecho Penal". Traducción de Enrique Peñaranda Ramos, Carlos J. Suárez González y Manuel Cancio Melia. Editorial Civitas. Primera edición. Madrid. España. 1997.

JAÉN VALLEJO Manuel "Principios Constitucionales y Derecho Penal Moderno". Estudios sobre cuestiones de especial relevancia constitucional. AD-HOC. Buenos Aires. Argentina. 1999.

- JESCHECK Hans-Heinrich "Tratado de Derecho Penal". Parte General. Volumen Primero. Segunda edición. Traducción de Santiago Mir Puig y Francisco Muñoz Conde. Editorial Bosch. Barcelona. España. 1981.

- JESCHECK Hans-Heinrich "Tratado de Derecho penal". 4ª edición completamente corregida y ampliada. Traducción de José Luis Manzanares Samaniego. Editorial Comares. Granada.

España. 1993.

KAISER Günther "Criminología". Una Introducción a sus fundamentos científicos. Traducción de la segunda edición alemana por José Belloch Zimmermann. Espasa-Calpe. Segunda edición. Madrid. España. 1983

LANGLE Emilio "La Teoría de la Política Criminal". Reus. Madrid. España. 1927.

LARRAURI PIJOAN Elena "Fundamentos de Política Criminal". en Ciencias Penales. Monografías. Consejo Nacional de la Judicatura. Escuela de Capacitación Judicial. San Salvador. El Salvador. 2000.

LUZÓN PEÑA Diego-Manuel "Curso de Derecho Penal". Parte General. I. Hispamer. Colombia. 1999.

MAIER Julio B.J. "Derecho Procesal Penal Argentino". Tomo I. Vol. B. Fundamentos. Editorial Hammurabi. Buenos Aires. Argentina. 1989.

MARTINEZ LAZARO Javier "Los Principios del Derecho Penal en la Legislación Salvadoreña". en Revista "Justicia de Paz". N° 7. Año III Vol.III. Septiembre-Diciembre.2000. (CSJ-AECI). San Salvador. El Salvador. 2000.

MAURACH Reinhart, ZIPF Heinz "Derecho Penal". Parte General 1. Teoría general del derecho penal y estructura del hecho punible. Traducción de la 7° edición alemana por Jorge Bofill Genzch y Enrique Aimone Gibson. Editorial Astrea. Buenos Aires. Argentina. 1994. MIR PUIG Santiago "Introducción a las Bases del Derecho Penal". Concepto y método. Editorial B de F. 2° edición. Buenos Aires. Argentina. 2002.

MORENO HERNÁNDEZ Moisés "Dogmática Penal y Política Criminal en "La Ciencia Penal y la Política Criminal en el Umbral del Siglo XXI". Coloquio Internacional. Instituto Nacional de Ciencias Penales. México D.F. 1996.

- MUÑOZ CONDE Francisco "Introducción al Derecho Penal". Editorial Bosch. Barcelona. España. 1975.

- MUÑOZ CONDE Francisco, GARCIA ARAN Mercedes "Derecho Penal" Parte General. Segunda edición, revisada y puesta al día conforme al Código penal de 1995. Tiran lo Blanch. Valencia. España. 1996.

PALAZZO Francesco "Estado Constitucional de Derecho y Derecho Penal". Traducción de Vanna Andreini en "Teorías Actuales del Derecho Penal". Editorial AD-HOC. Primera edición. Buenos Aires. Argentina. 1998.

PIRES Alvaro P. "La Línea Maginot en el Derecho Penal". La protección contra el crimen versus la protección contra el príncipe. Traducción de Mary Beloff y María Laura Durandeu. "Nueva Doctrina Penal" 2001/A. Editores del Puerto. Buenos Aires. Argentina. 2001.

POLITOFF L. Sergio y MATUS Jean Pierre "Objeto jurídico y Objeto Material en los delitos de Tráfico Ilícito de Estupefacientes". en Tratamiento Penal del Tráfico Ilícito de Estupefacientes. Estudios de dogmática y jurisprudencia. Coordinadores. Sergio Politoff L. y Jean Pierre Matus. Editorial Jurídica Conosur. Santiago de Chile. 1998.

QUINTERO OLIVARES Gonzalo "Derecho Penal". Parte General. Segunda edición corregida, aumentada y puesta al día. Marcial Pons. Barcelona. España. 1989

REALE Miguel "Introducción al Derecho". Traducción de Jaime Brufan Prats. Novena edición. Editorial pirámide. Madrid. España. 1989.

- ROXIN Claus "Franz Von Liszt y la Concepción Político Criminal del Proyecto Alternativo". en "Problemas Básicos del Derecho Penal". Traducción de Diego-Manuel Luzón Peña. Editorial Reus. Madrid. España. 1976.

- ROXIN Claus "Culpabilidad y prevención en el Derecho Penal". Traducción de Francisco Muñoz Conde. Editorial Reus. Madrid. España. 1981.

- ROXIN Claus "Derecho Penal" Parte General. Tomo I. Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito. Traducción de la 2° edición alemana por Diego-Manuel Luzón Peña. Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal. Civitas. Madrid. España. 1997.

- ROXIN Claus "Política Criminal y Sistema de del Derecho Penal". 2° edición. Traducción de Francisco Muñoz Conde. Editorial Hammurabi. Buenos Aires. Argentina. 2000.

- ROXIN Claus “Derecho Procesal Penal”. Traducción de la 25° edición alemana por Gabriela E. Córdova y Daniel R. Pastor. Editores del Puerto. 1° Reimpresión. Buenos Aires. Argentina. 2001.
- SCHÜNEMANN Bern “La Política Criminal y el Sistema de Derecho Penal. Traducción de Margarita Martínez Escamilla. en Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales. Madrid. España. 1991.
- SÁNCHEZ ESCOBAR Carlos Ernesto “El Principio de Culpabilidad Penal”. Revista Justicia de Paz. Año V-Vol. III Septiembre-Diciembre. 2002. (CSJ-AEIC). San Salvador. El Salvador. 2002.
- SILVA SÁNCHEZ Jesús María “Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo”. J.M. Bosch Editor. Barcelona. España. 1992.
- SILVA SÁNCHEZ Jesús-María “Política Criminal en la Dogmática: Algunas cuestiones sobre su contenido y límites” en “Política Criminal y Nuevo Derecho Penal”. (Libro Homenaje a Claus Roxin) José M. Bosch Editor. Barcelona. España. 1997.
- SILVA SÁNCHEZ Jesús-María “Política Criminal y Persona”. Editorial AD-HOC. Buenos Aires. Argentina. 2000.
- SCHÖNE Wolfgang “Acerca del Orden Jurídico Penal”. Editorial Juricentro. San José. Costa Rica. 1992
- STRATENWERTH Günter “Derecho Penal”. Parte General I. El Hecho Punible. Traducción de la segunda edición alemana por Gladys Romero. EDERSA. Madrid. España. 1982.
- TINETTI José Albino, SORIANO RODRÍGUEZ Salvador Héctor, MARROQUIN GALO Fernando, JOSA María Antonieta, SALAZAR TORRES Godofredo y CRUZ AZUCENA José Manuel “Ensayos N° 1. Tres Temas Fundamentales sobre la Fase Inicial del Proceso Penal”. Consejo Nacional de la Judicatura. Escuela de Capacitación Judicial. San Salvador. El Salvador. 1999.
- TOCORA Fernando “Política criminal en América Latina”. Ediciones Librería del Profesional. Primera edición. Bogotá. Colombia. 1990.
- VALENCIA RESTREPO Hernán “Nomoárquica, Principialística Jurídica o los Principios Generales del Derecho”. Editorial Temis. Santa fé de Bogotá. Colombia. 1993.
- VELÁSQUEZ V. Fernando “Derecho Penal”. Parte General. Tercera edición. Editorial. Temis. Santa Fe de Bogotá. Colombia. 1997.
- WELZEL Hans “Derecho Penal Alemán”. Parte General. 11° edición alemana. 4° edición castellana. Traducción de Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez Pérez. Editorial Jurídica de Chile. Santiago. Chile. 1993.
- ZAFFARONI Eugenio Raúl “Manual de Derecho Penal”. Parte General. Primera Reimpresión. Cárdenas Editor. México D.F. 1991.
- ZAFFARONI Eugenio Raúl “Sistemas Penales y Derechos Humanos en América Latina. De Palma. Buenos Aires. Argentina. 1981.
- ZAFFARONI Eugenio Raúl, ALAGIA Alejandro, SLOKAR Alejandro. “Derecho Penal”. Parte General. EDIAR. Buenos Aires. Argentina. 2000.
- ZAMBRANO PASQUEL Alfonso “Sentido y Justificación de la Pena”. en Jornadas sobre Sistema Penitenciario y Derechos Humanos. Editores del Puerto. Buenos Aires. Argentina. 1997.
- ZIPF Heinz “Introducción a la Política Criminal”. traducción de Miguel Izquierdo Macías-Picavea. Edersa. Madrid. España. 1979.

6. LA NECESIDAD DEL CONTROL JUDICIAL

JULIO FERNÁNDEZ GARCÍA
 Profesor Asociado de Derecho Penal
 Universidad de Salamanca (España)
 Funcionario de Instituciones Penitenciarias

SUMARIO

1. INTRODUCCIÓN. 2. LA NECESIDAD DEL JUEZ DE EJECUCIÓN DE PENAS Y/O VIGILANCIA PENITENCIARIA. 2.1. Antecedentes históricos. 2.2. Antecedentes Constitucionales, Penales, Penitenciarios y Procesales. 2.3. Breve estudio teórico-práctico de las diferentes funciones y cometidos del Juez de Ejecución y Vigilancia. 2.3.1. Funciones relativas a la ejecución de las penas. 2.3.1.1. Las relativas a la ejecución de las penas privativas de libertad. 2.3.1.2. Las relativas a la ejecución de las penas no privativas de libertad (privativas de otros derechos y multa). 2.3.2. Las relativas a la ejecución de las medidas de seguridad. 2.3.3. Funciones relativas a la protección de los derechos de los internos. 3. BIBLIOGRAFÍA

1.- INTRODUCCIÓN.

En un Estado Social y Democrático de Derecho, la imposición de la pena al responsable de un hecho delictivo, atraviesa, necesariamente, distintas fases o momentos que la doctrina ha denominado proceso de ~~que~~ requiere un desarrollo de concreción que se inicia en la Ley y concluye en el momento en que termina su ejecución. El proceso de individualización conoce las siguientes fases: legal, judicial y de ejecución o penitenciaria. Analizando el contenido de las fases, diremos que la individualización legal consiste en la fijación, por la ley, con carácter general y abstracto, de la pena correspondiente a cada hecho delictivo. En este momento, el legislador, aunque no pueda descender al caso concreto, debe plasmar, en abstracto, ciertas circunstancias específicas del hecho y del culpable. En la individualización, será el Juez, una vez calificados los hechos probados, el que determine la pena concreta aplicable y su duración o cuantía y en la individualización penitenciaria el juez de ejecución de la pena controlará la ejecución de la misma, de acuerdo, como es lógico, con los principios de legalidad y de respeto de los derechos fundamentales del condenado. Las garantías del principio de legalidad penal abarcan cada una de las fases de la individualización y, en el caso de estudio, en la fase de individualización penitenciaria, debe existir una autoridad judicial que controle la ejecución de la pena, que ha constituido una aspiración político penitenciaria, cual es el sometimiento de la ejecución penal al control y vigilancia de un Juez especial, porque, como afirman MAPELLI y TERRADILLOS ²⁶⁹, la condición de penado, la falta de libertad

y el riesgo de lesiones de otros derechos fundamentales afines justifican la creación de un órgano judicial especialmente dedicado a estas funciones. Estaríamos hablando del ~~que~~ que junto a los de legalidad, resocialización y presunción de inocencia, son estrictamente necesarios en un Estado Social, obligado a promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo sean reales y efectivas. Las autoridades judiciales no solo tienen como misión juzgar, sino también hacer ejecutar lo juzgado. Y, aunque las leyes procesales siempre han hecho referencia a la fiscalización de la actividad penitenciaria por parte de las autoridades judiciales (En España, por ejemplo, la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que es del Siglo XIX, ya establecía que las autoridades judiciales deberían visitar las prisiones, al menos una vez por semana para controlar la legalidad de la ejecución de las penas privativas de libertad), desde aquí consideramos, como la mayoría de la doctrina penal y penitenciaria, que debe impulsarse, sin ambages, la figura de una autoridad judicial específica que controle la ejecución de las penas y otras medidas penales y que actúe como salvaguarda de los derechos de los sentenciados, por lo que el Juez de Ejecución de Penas y Juez de Vigilancia resulta estrictamente necesario.

Con independencia de que las funciones de ejecución de penas y medidas penales y de vigilancia o salvaguarda de los derechos de la persona en la que recae la aplicación del derecho penal, las desempeñe la misma o diferente autoridad, ésta o éstas deben abarcar sus cometidos también, no solo a las penas privativas de libertad, medidas de seguridad u otras medidas penales privativas de libertad, sino también, como no podía ser de otra manera, a la ejecución de otras penas y medidas penales no privativas de libertad. La fase de individualización de la ejecución nos lleva a cubrir también éstas exigencias. Aunque en la mayoría de los sistemas penales del planeta, por desgracia, son las penas privativas de libertad las predominantes en el derecho positivo. Por ello, la denominación que en algunos países, como España, se le da a esta figura judicial, es decir, Juez de Vigilancia Penitenciaria, puede inducir a error y pensar que las penas de distinta naturaleza a la privativa de libertad no están vigiladas o fiscalizadas por un Juez de Ejecución. Cierto es que al ser inmensamente mayoritaria la pena privativa de libertad y la que más afecta a los derechos fundamentales de la persona, es aquí donde centraré los contenidos de esta conferencia, porque entre otras cosas, la cárcel sigue siendo, por desgracia, como afirma MUÑOZ CONDE BERISTÁIN IPIÑA, A., Cuestiones penales y criminológicas, Reus, S.A., 1979. Prólogo de MUÑOZ CONDE²⁷⁰,

269. MAPELLI CAFFARENA, B. y TERRADILLOS BASOCO, J., Las consecuencias jurídicas del delito, Civitas, Madrid, 1990, p. 143.

una institución esotérica de historia tétrica plagada de terrores y sufrimientos. Y para que esto cambie, necesariamente tenemos que confiar el control de la ejecución de la pena y la salvaguarda de los derechos de los internos, no a la Administración penitenciaria, sino al Juez de Ejecución de la pena y Vigilancia penitenciaria.

2.- LA NECESIDAD DEL JUEZ DE EJECUCIÓN DE PENAS.

2.1. Antecedentes históricos.

Históricamente se les atribuía a los Tribunales de Justicia el ejercicio de la función jurisdiccional de ejecutar y hacer ejecutar lo juzgado. Aunque en materia de ejecución de penas, su labor se limitaba a ordenar el ingreso del condenado en la cárcel y no volvía a intervenir hasta la aprobación del licenciamiento definitivo o la excarcelación. Es cierto que la Ley de Enjuiciamiento Criminal en España determinaba que las autoridades judiciales debían inspeccionar las leyes y reglamentos que regulen el cumplimiento de la condena (artículo 990), pero esto se quedaba muchas veces en papel mojado y cualquier decisión sobre modificaciones de la condena en sede de ejecución eran aprobadas por la Autoridad Administrativa, con lo que se producía un vacío judicial, atribuyéndose autoridades diferentes a las judiciales competencias que decidían sobre la libertad de una persona, fomentándose discrecionalidades que excedían al control de los jueces y tribunales, violándose permanentemente el principio de estricta jurisdiccionalidad y en la práctica sucedía, como afirma FERRAJOLI ²⁷¹ que, el encarcelado no tenía una pena cierta que cumplir, sino un mañana incierto que deberá contratar día a día con sus carceleros. La jurisdicción entregaba a la Administración unas “penas en blanco” que si bien contenían un límite máximo, a partir de ahí era la Administración la que vaciaba de contenido tanto en su intensidad como en su duración real; autorizaba y aprobaba redención de penas por el trabajo, libertad condicional y otros beneficios penitenciarios. Con razón se hablaba, como dice PÉREZ CEPEDA ²⁷², de la “fase administrativa de individualización de la pena”. Tampoco existía una tutela de los derechos e intereses de los reclusos y los actos de la Administración penitenciaria no estaban sujetos a control y revisión jurisdiccional, por lo que el juez se despedía del reo a la puerta de la cárcel hasta el cumplimiento de la pena. Se que más de uno de ustedes podrá estar pensando que en su país todavía ocurre esto, probablemente. De lo que se trata es de que, entre todos apelemos a la

270. BERISTÁIN IPIÑA, A., Cuestiones penales y criminológicas, Reus, S.A., 1979. Prólogo de MUÑOZ CONDE, F., p. 17.

271. FERRAJOLI, L. Derecho y razón. Teoría del Garantismo penal. Trotta, 1995, p.390 y ss.

272. PÉREZ CEPEDA, A., en trabajo colectivo, FERNÁNDEZ GARCÍA, SANZ MULAS Y ZÚNIGA RODRÍGUEZ, Coord.

razón jurídica y no a la razón de estado, con el fin de que, no solo existan juzgados de vigilancia penitenciaria y ejecución de la pena, sino también que sus funciones se hagan cumplir. En esta complicada y difícil misión, aunque de notable importancia para las garantías de los derechos de la persona, debemos centrarnos durante el transcurso de estas jornadas centroamericanas.

La administración penitenciaria siempre ha funcionado de acuerdo con sus propias estrategias como núcleo cerrado e inaccesible, es caldo de cultivo de condiciones inhumanas, con frecuentes motines y desórdenes colectivos producto de las continuas violaciones de los derechos fundamentales. Por todo esto, en varios congresos internacionales se abordó el problema de la intervención judicial en la ejecución de las penas y medidas de seguridad. Ya en el Congreso de Derecho penal y penitenciario celebrado en Berlín, en 1935, JIMENEZ DE ASÚA propugnaba la necesaria intervención del Juez en la ejecución penal.

En el marco internacional, al aprobarse las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos, del Comité de Ministros Europeos, de 1973, se recomendaba que debería existir un órgano en las cárceles, judicial o no, pero sí exterior y distinto a la propia Administración. No se establecía que ese órgano fuese judicial, pero sí se esbozaba la posibilidad de que fuera independiente de la autoridad administrativa penitenciaria. Países como Francia, Portugal e Italia contaban ya con Juez de Vigilancia penitenciaria, aunque fue Brasil (Ley Federal de 1922) precisamente el primer país que reguló la intervención y funciones de esta institución.

2.2. Antecedentes constitucionales, penales, penitenciarios y procesales.

En el derecho español, como en el resto de países donde se proclaman los principios del Estado de Derecho, la Constitución le atribuye a los Jueces y Tribunales la competencia exclusiva de juzgar y “hacer ejecutar lo juzgado” (artículo 117.3), y, como afirma TAMARIT²⁷³, es un aspecto que si bien no hay que confundir con la ejecución “por sí” de lo juzgado, sí que impone el control de los elementos esenciales que definen la propia pena, y que más allá de su duración nominal, afectan a su contenido e intensidad. Por todo ello, el proceso de individualización de la ejecución de la pena necesita un efectivo control jurisdiccional que haga realidad el mandato constitucional de hacer ejecutar lo juzgado. Además, la tutela de los derechos del recluso, reconocidos constitucionalmente, obliga al mencionado control. También se ha argumentado, como razón que avala el control jurisdiccional de la ejecución de la pena privativa de libertad, el principio de subordinación de la Administración a la legalidad

273. TAMARIT SUMALLA, J. M., Curso de Derecho penitenciario, Tirant lo blanch, Valencia, 2001, pp. 291 y ss.

y al control de la misma por los tribunales (artículo 106.1). También el máximo intérprete de la Carta Magna, el Tribunal Constitucional, ha venido a precisar y definir con claridad el papel y la necesidad de la Jurisdicción de Vigilancia Penitenciaria, a través de sus resoluciones. Así, entre otras, la STC de 30 de Junio de 1983, señala: Es el Juez de Vigilancia Penitenciaria quién ha de velar por las situaciones que afecten a los derechos y libertades de los presos condenados al constituir un medio efectivo del control del principio de legalidad y una garantía de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos". Igualmente, la STC de 21 de Enero de 1987 establece: "La función del Juez de Vigilancia Penitenciaria supone una potenciación del momento jurisdiccional en la ejecución de las penas. Al Juez de Vigilancia se le confía el control sobre las diversas fases de la ejecución penal y la protección de los derechos fundamentales de los detenidos. Los Jueces de Vigilancia Penitenciaria constituyen una pieza clave del sistema penitenciario y por ello debe garantizarse y exigirse constitucionalmente la actuación de los órganos judiciales especializados".

Por otro lado, el Código penal español, dentro de las garantías penales y de la aplicación de la ley penal, resalta la garantía ejecutiva como uno de los pilares del sistema penal y así, en su artículo 3.2 establece que "la ejecución de la pena o de la medida de seguridad se realizará bajo el control de los Jueces y Tribunales competentes". En el Código penal vigente también se atribuyen a los Jueces de Vigilancia cometidos nuevos.

Pero la norma jurídica que, por excepción regula las funciones del Juez de Vigilancia es la vigente Ley General Penitenciaria, que con su aprobación, en 1979, justo la primera Ley Orgánica aprobada por el parlamento español después de la Constitución de 1978, después de esa temporada oscura de la sociedad española que fue la dictadura de Franco. Es precisamente esta Ley, cuyo padre fue el todavía profesor GARCÍA VALDÉS (quién por cierto en su trabajo titulado "La nueva penología", 1977, ya se manifestaba decididamente a favor del instituto como una autoridad judicial especializada e independiente), la que introduce en nuestro derecho la figura del Juez de Ejecución de penas y Juez de Vigilancia, funciones que desempeña la misma figura, es decir, el Juez de Vigilancia Penitenciaria. En esta Ley se especifican "atribuciones para hacer cumplir la pena impuesta, resolver los recursos referentes a las modificaciones que pueda experimentar con arreglo a lo previsto por las leyes y reglamentos, salvaguardar los derechos de los internos y corregir los abusos y desviaciones que en el cumplimiento de los preceptos del régimen penitenciario puedan producirse".

También en la Ley Orgánica del Poder Judicial se atribuyen competencias al Juez de Vigilancia, que tendrá atribuciones jurisdiccionales. Así establece que el Juez de Vigilancia es un órgano judicial unipersonal especializado, que forma parte del orden jurisdiccional penal, con funciones jurisdiccionales previstas en la Ley General Penitenciaria, en materia de

ejecución de penas privativas de libertad y medidas de seguridad, control jurisdiccional de la potestad disciplinaria de las autoridades penitenciarias y amparo de los derechos y beneficios de los internos en los Establecimientos penitenciarios”.

Desde luego, hemos de reconocer que esta autoridad resulta de vital importancia en el derecho penitenciario. Sus resoluciones contribuyen decisivamente a que la actividad penitenciaria se ejerza con el escrupuloso respeto a los derechos de los internos y su intervención está y debe estar presente en todas y cada una de las vicisitudes de la vida del interno dentro de la institución penitenciaria, tanto de régimen como de tratamiento y asuntos relativos a sanciones, permisos de salida, intervención de comunicaciones, progresiones y regresiones de grado, aprobación de beneficios penitenciarios y modificación de las circunstancias de condena, deben pasar por el tamiz ineludible de este máximo garante de la ejecución penitenciaria. En líneas generales, toda la actuación administrativa es objeto de fiscalización por parte de los Jueces de Vigilancia, puesto que cualquier resolución administrativa puede lesionar o poner en peligro derechos fundamentales reconocidos por la Constitución política, el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos, y Libertades Fundamentales, de 1950 y las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos, tanto de las Naciones Unidas, de 1955, como del Consejo de Europa, de 1973.

2.3. Breve estudio teórico-práctico de las diferentes funciones y cometidos del Juez de Ejecución y Vigilancia.

Las funciones del Juez en la fase de individualización de la ejecución de la pena, son, por un lado, las relativas al control de la ejecución de las penas y por otro, las de protección de los derechos de los internos así como corregir los abusos y desviaciones que en el cumplimiento de los preceptos del régimen penitenciario pudieran producirse. Es decir, las relativas a la ejecución de la pena, por un lado y las relativas a la vigilancia penitenciaria por otro. En la legislación española nos aparece un tercer grupo de cometidos, referentes a la facultad de proponer las mejoras en la organización del régimen, en las diversas actuaciones de la administración y tratamiento penitenciario; aunque, lógicamente, éstas estarán incluidas en el grupo de cometidos de vigilancia. Nos debe ser indiferente que sea el mismo Juez al que se le atribuyan ambos cometidos (ejecución y vigilancia) o que éstas la realicen Jueces diferentes (por un lado ejecución y por otro vigilancia), siempre y cuando, sean autoridades judiciales especializadas e independientes y, desde luego diferentes al Juez de Sentencia, porque, como hemos dicho, la fase de individualización judicial y la de ejecución de la pena o penitenciaria, son sucesivas y, desde luego, netamente diferenciadas y, por consiguiente, ejercidas por órganos distintos

dentro del Poder Judicial.

2.3.1. Funciones relativas a la ejecución de la penas

Aquí, a su vez, deberíamos diferenciar claramente los cometidos referidos a la ejecución de las penas privativas de libertad y la ejecución de otras penas diferentes a las privativas de libertad. Aunque, como sabemos, la inmensa mayoría de los sistemas penales actuales mantienen la pena de prisión como la más importante de sus catálogos punitivos. Ya, en la Exposición de Motivos de la Ley Penitenciaria española se establece que “las prisiones son un mal necesario y, no obstante, la indiscutible crisis de las penas de privación de libertad previsiblemente habrán de seguirlo siendo por mucho tiempo”. Haremos, por tanto, una subdivisión entre las funciones de ejecución de las penas privativas de libertad y de las no privativas de libertad.

2.3.1.1 Las relativas a la ejecución de las penas privativas de libertad.

La ejecución penitenciaria está separada en grados, etapas o fases por las que debe pasar el interno antes de obtener la libertad (bien sea definitiva o condicional). Mientras en el sistema progresivo clásico el penado tenía que pasar necesariamente por la etapa o grado, caracterizado por unas normas regimentales más rígidas, (el primer grado en España) donde se restringe más la libertad personal al penado (menos horas de actividades en común, patios, trabajos, etc.), antes de estar en el segundo y/o tercero, en el sistema de individualización científica, no es necesaria la previa estancia en primero o segundo grado, pudiendo ser clasificado inicialmente en el tercero o de régimen abierto. La libertad condicional supondrá que el penado, en la práctica, cumplirá menos tiempo real de la condena impuesta, o lo que es lo mismo, cumplirá sólo una parte de la condena, siempre que reúna los requisitos establecidos en la Ley penal (que en España significa haber extinguido las tres cuartas partes de la condena, que tenga buena conducta y exista un pronóstico individualizado y favorable de reinserción social. Aunque también existen supuestos especiales como la libertad condicional adelantada al cumplimiento de los dos tercios de condena si, además de los requisitos anteriores se ha participado continuamente en actividades laborales, culturales u ocupacionales o a penados con setenta o más años de edad y a los enfermos incurables). Esto supone que, en la práctica, ese penado ya ha experimentado distintas vicisitudes penitenciarias que han

tenido que ser fiscalizadas por el Juez de Vigilancia, teniendo en cuenta que todas y cada una de esas vicisitudes van a tener una trascendencia vital a la hora de conceder la libertad anticipada (sanciones, permisos de salida, actividades laborales, progresiones y regresiones de grado, etc.). El órgano administrativo competente, en este caso la Junta de Tratamiento (que está integrada por juristas y especialistas de las ciencias de la conducta y otros: psicólogos, educadores, trabajadores sociales o maestros), debe iniciar el expediente de libertad condicional, acordando lo que proceda sobre la propuesta de libertad condicional y a la vista de esto el Juez lo aprobará o denegará. También la puede conceder previo informe desfavorable de la Junta de Tratamiento, o por estimación de recurso de queja interpuesto por el penado por la vía del artículo 76.2.g).

Esta competencia era compatible con el viejo Código penal español, que preveía, entre los beneficios penitenciarios, instrumentos cuya aplicación suponía reducir la condena total que fue impuesta en sentencia, es decir, la vetusta Redención de penas por el trabajo, institución que tuvo un origen bélico derivado de la guerra civil y que, en la dictadura franquista comenzó a aplicarse a los presos políticos, aunque luego se aplicó a todo tipo de condenados y suponía la reducción de la condena en un tercio que, además, era compatible con la libertad condicional. En la práctica un penado con pena de prisión superior al año, iba a cumplir en prisión, la mitad de la condena e incluso menos con la aplicación de otras redenciones extraordinarias concedidas por especial rendimiento en el trabajo. Actualmente solo existe como reducción de la condena total, el indulto particular, entendido como beneficio penitenciario, aunque aquí la competencia del Juez de ejecución es de mera tramitación, ya que el indulto particular es una manifestación del Derecho de Gracia que se regula por ley diferente (de 18 de junio de 1870, modificada por ley 1/88 de 14 de enero).

De acuerdo con esto el Juez únicamente podrá conocer de la clasificación inicial y de progresiones y regresiones de grado, por vía de recurso, en base a los estudios de la Junta de Tratamiento y en su caso de la Central de observación. Existen aquí algunas particularidades en relación con el proceso de clasificación en grado, en las que la intervención del Juez no se realiza en virtud de un recurso directamente planteado ante él, sino por la vía de la queja establecida en el artículo 76.2.g), cuando, por ejemplo, el interno solicite que su próxima revisión de grado lo haga la Central de Observación y se deniegue la petición. En este caso el interno podría acudir en queja ante el Juez, o

cuando transcurra el plazo legal (de seis meses máximo) de revisión y no se haga. Estos casos plantean serias dudas sobre si el Juez puede, ante el no pronunciamiento de clasificación o revisión por parte de la Administración, acordarla. Creemos que sí porque, en definitiva, esta situación tiene que ver con el tratamiento y guarda relación con los derechos del interno. Sin embargo, la Audiencia Nacional (en reciente resolución) considera que “en lo que se refiere a la clasificación, la intervención del Juzgado de Vigilancia ha de tener lugar por vía de recurso, que es precisamente como se ejerce el control jurisdiccional de la actividad de la Administración Penitenciaria, de tal forma que el Juzgado de Vigilancia carece de competencia para cambiar de grado a un penado, a no ser que el cambio tenga lugar cuando resuelve un recurso contra una actuación determinada de la Administración Penitenciaria”. Esta resolución revocó el tercer grado concedido por la Juez de Vigilancia de Bilbao a un recluso de la organización terrorista ETA. Discutible resolución la de la Audiencia Nacional, sin duda alguna. De todos modos, el Juez deberá tener en cuenta en sus decisiones “la modificación de aquellos sectores de la personalidad directamente relacionados con la actividad delictiva”, (artículo 65.3 LGP), o “los resultados conseguidos por el tratamiento y un juicio de probabilidad sobre el comportamiento futuro del sujeto en libertad” (artículo 67).

Ilustraré con algunas resoluciones judiciales que, se ha estimado recurso, en unos casos y desestimado en otros, las pretensiones de los internos ante la no progresión de grado, por un lado, y ante la regresión de grado, por otro. Se señala en la progresión por parte de distintos Jueces la necesidad de conjugar los criterios de prevención especial con los de prevención general y con la retribución por el delito cometido, de tal suerte que en estos casos se considera que no procede tal progresión de grado, cuando, pese a concurrir factores positivos de personalidad y reinserción social, la cuantía de la pena y la lejanía de las fechas de cumplimiento hacen que la clasificación en régimen abierto frustre el sentido último que debe cumplir la pena de justa retribución por el delito cometido, compensación moral de la víctima y a la sociedad ofendida y de prevención general o disuasión frente a otros posibles infractores. Así, entre otros Auto del Juzgado de Vigilancia de Granada de 18 de Junio de 1994 y 18 de julio de 1994 establecen: “por los motivos antes expuestos de la pena, además de cumplir unos loables fines de reeducación y reinserción social, también debe cumplir unos fines de prevención general (disuasoria frente a los delincuentes) y de justa retribución que quedarían vulnerados si se concede a los pocos meses del inicio de la condena un régimen de cumplimiento abierto”. Por el contrario, también hay un buen número de resoluciones de Jueces de Vigilancia que en supuestos similares, sí se muestran favorables a la progresión de grado, con el argumento de “facilitar al penado la reinserción social, no pudiendo ser tomadas las condiciones objetivas

como elementos disuasorios sino que han de ponderarse como menciona el artículo 102 del Reglamento Penitenciario con las subjetivas”. Entre otros, Auto del Juzgado de Vigilancia de Sevilla de 7 de marzo de 1997 o del Juzgado de Bilbao, de 23 de octubre de 1996 y 11 de septiembre de 1997. En la regresión de grado, cuando ésta es producto de la presunta comisión de un delito o infracción disciplinaria, debe haber resolución judicial o administrativa firme, en su caso, para que se produzca esa regresión. Así, entre otros, Autos de la Audiencia Provincial de Lugo, de 12 de agosto de 1984 o el Auto del Juzgado de Vigilancia de Granada, de 9 de junio de 1995. La primera resolución referida establece que “la resolución de la Dirección General fundamenta la regresión al primer grado (en el caso concreto) en la presunta participación del apelante en conductas de “extorsión y tráfico de drogas”, tal como se desprende de la propuesta elevada por el Equipo de Tratamiento. Sin embargo no consta actividad alguna relacionada con la extorsión, habiendo sido posteriormente absuelto por esta audiencia por el delito de tráfico de drogas, por lo que procede revocar la resolución de regresión a primer grado”. En cuanto a la segunda resolución referida, el Juzgado de Vigilancia establece que “habiéndose sobreseído el expediente disciplinario no hay motivos para regresar de grado al interno el cual volverá a su situación anterior, el tercer grado”.



Nada establece ni el Código penal ni la Legislación penitenciaria sobre el órgano competente para determinar, tanto la acumulación material como la jurídica de las penas, es decir, acumulación material por aplicación de concurso real de delitos, no habiendo sido enjuiciados en un mismo proceso y cuyos testimonios de sentencia no coinciden en el tiempo. Estos casos no ofrecen ninguna discusión puesto que la condena total es fruto de la suma aritmética de todas las condenas y acumulación jurídica, en virtud de la aplicación de las reglas especiales de aplicación de las penas (bien por la aplicación de la regla del triple de la condena más grave, o de los límites establecidos de veinte, veinticinco o treinta años, según los casos, aunque los procesos sean distintos si los hechos por su conexión pudieran haberse enjuiciado en uno sólo). Tanto en la acumulación material como en la jurídica, la competencia debe ser también del Juez de Ejecución de penas. En cambio, en la práctica, esta atribución la está asumiendo el último Tribunal Sentenciador que juzga al condenado. Creemos que este cometido también debe ser asumido por el Juez de Ejecución.

El artículo 37.3 del Código

penal extiende su competencia a la ejecución de la misma con todas sus incidencias. Desde el momento en que recibe para su aprobación el Plan de ejecución, del Juez de Ejecución debe determinar: el cumplimiento en Centro penitenciario o depósito municipal; el cumplimiento ininterrumpido

(que lo posibilita el Código para acomodarlo a las exigencias del penado si son varios los arrestos a cumplir), determinando los días concretos de cumplimiento, licenciamiento definitivo y adopción de medidas concretas cuando el penado “observe una reiterada mala conducta”. Si se sustituye la multa por arrestos fin de semana y éstos sean incumplidos, el Juez de Ejecución dictará resolución modificando el plan de ejecución y ordenará el cumplimiento ininterrumpido de los arrestos.

~~En los supuestos de~~
 En los supuestos de acumulación de condena, cuando la material supere en cuantía al doble de la jurídica, se prevé que el Tribunal sentenciador imponga en sentencia que, en virtud de la peligrosidad criminal del condenado, los beneficios penitenciarios de acortamiento de condena se apliquen a la acumulación material y no a la jurídica. Aunque esto sea así, el Juez de Ejecución, valorando las circunstancias personales del reo, la evolución del tratamiento reeducador y el pronóstico de reinserción social, podrá acordar razonadamente, oído el Ministerio Fiscal, la aplicación del régimen general de cumplimiento (es decir que los beneficios se apliquen a la acumulación jurídica y no a la material). Con un ejemplo se aclaran las dudas: Imaginemos un delincuente que ha sido condenado a 100 años de condena por 4 asesinatos cualificados (25 años de prisión por cada uno de ellos). En estos supuestos el límite de la acumulación material sería 100 años, pero el de la acumulación jurídica, según el Código, serían 30. El Tribunal sentenciador puede determinar que los beneficios penitenciarios se apliquen a los 100 años. Aún así, en la ejecución de la condena, el Juez de Ejecución puede determinar que se vuelva al régimen general de cumplimiento, es decir que los beneficios se apliquen a los 30 años y no a los 100. Esta fórmula mixta es ambigua. Con independencia de la dudosa constitucionalidad de preceptos como éste porque puedan pervertir el ideal resocializador, debería ser el Juez de Ejecución el que exclusivamente tuviera la misión de determinarlo, en todos los supuestos, recordemos que estamos en la fase de individualización penitenciaria.

2.3.1.2. Las relativas a la ejecución de las penas no privativas de libertad (privativas de otros derechos y multa)

Nada se establece en las leyes penales españolas sobre el control de la ejecución de estas penas. Mantenemos la tesis de que también debe ser el Juez de Ejecución el que asuma las competencias de ejecución, sustitución, suspensión y modificación que experimenten las diferentes penas, en su ejecución. El Código penal sí regula la ejecución de la pena de trabajos en beneficio de la comunidad (artículo 49 Código y RD 690/96 de 26 de abril) y establece que sea el Juez o Tribunal sentenciador quién

tenga la misión de controlar la ejecución de estas penas, no el Juez de ejecución. Con respecto a las formas sustitutivas de la ejecución de las penas privativas de libertad (suspensión de la ejecución o sustitución por otras penas, bien de la misma naturaleza o de diferente), tampoco se le atribuyen al Juez de Ejecución competencias, ni para la ejecución, ni para las diferentes modificaciones que puedan decretarse en virtud de incumplimientos por parte del penado. Debería asumirlas también, el Juez de Ejecución de penas.

2.3.2. Las relativas a la ejecución de las medidas de seguridad

En materia de ejecución de medidas de seguridad, tanto privativas como no privativas de libertad, el Juez de Ejecución está obligado a elevar al Tribunal sentenciador una propuesta de mantenimiento, cese, sustitución o suspensión de las medidas que sean privativas de libertad. Además, el Juez de Ejecución también debe informar al Tribunal sentenciador sobre el cumplimiento de las medidas no privativas de libertad. Ello se debe a que, el Tribunal sentenciador solo puede acordar el cese, sustitución o suspensión de las medidas acordadas en la Sentencia mediante un procedimiento contradictorio, previa propuesta del Juez de Ejecución. En relación con la medida de custodia familiar, el sometido a ella queda sujeto al cuidado y vigilancia del familiar que se designe y acepte la custodia, quién la ejercerá en relación con el Juez de Ejecución. También, como en el resto de los casos anteriores y en defensa de las tesis argumentadas, debería asumir todas estas funciones el Juez de Ejecución, no que sea un mero instrumento fiscalizador de una decisión que a él no le corresponde. Sí es competente, en cambio, para acordar reglas de conducta, sustitución, cese o modificación, en la etapa de la libertad condicional

En definitiva, después de todas las cuestiones planteadas sobre la ejecución de las penas y medidas de seguridad, debemos promover, sin ambages, la elaboración de una ley que regule el procedimiento ante los Jueces de Ejecución de la pena, para que, en virtud de los principios constitucionales, penales y penitenciarios estudiados, se establezca normativamente la competencia exclusiva en materia de ejecución de las penas (privativas de libertad o de otra naturaleza) y las medidas de seguridad (de cualquier naturaleza también) a los Jueces de Ejecución de penas, Jueces de Aplicación de las penas o Jueces de Vigilancia penitenciaria, sin importarnos en este momento la denominación de la institución.

2.3.3. Funciones relativas a la protección de los derechos de los internos.

Entramos, quizá, en uno de los aspectos más importantes de esta institución, en cuanto a ser el máximo garante en la salvaguarda de los

derechos de los internos, de sus legítimos intereses y de controlar que la Administración penitenciaria realice sus funciones de acuerdo con lo dispuesto en las normas internacionales sobre derechos humanos, la Constitución política, las leyes penales y penitenciarias y el resto del ordenamiento jurídico. Recordemos que las normas citadas reconocen y garantizan unos derechos fundamentales a los internos y que las limitaciones a los mismos deben estar expresamente determinados por el contenido del fallo condenatorio, el sentido de la pena y la ley penitenciaria. Tanto los derechos de contenido fundamental, como los derechos como ciudadano, como los estrictamente derivados de su encarcelamiento, deben ser respetados y el máximo garante que evite abusos o desviaciones en la actuación penitenciaria es precisamente el Juez de Vigilancia penitenciaria. Sabemos que las leyes establecen que el interno tiene derecho a la vida, a la dignidad humana, a la prohibición de malos tratos y torturas, a una óptima asistencia sanitaria y una alimentación variada, suficiente y equilibrada, a que pueda vestir sus propias prendas, a un descanso nocturno adecuado, a comunicarse, en su propia lengua, de forma oral, escrita y telefónica, con sus familiares, amigos, abogados y otros profesionales, a que, tanto cacheos, requisas, registros, recuentos y otras actuaciones de seguridad y disciplina, se realicen con el máximo respeto a la dignidad humana; derecho a la igualdad y no discriminación, a alojarse en celdas individuales (salvo sobrepoblación), a la libertad ideológica y religiosa, a los derechos civiles, sociales e incluso políticos, a la libertad de expresión y opinión de sus ideas, a la educación, al acceso a cultura y al libre desarrollo de su personalidad, a la información sobre su situación personal, a formular peticiones, quejas y recursos ante cualquier autoridad, garantizando la intimidad de estas epístolas, a participar en las actividades del centro, al trabajo y la formación, a un tratamiento penitenciario de acuerdo a sus exigencias personales, a los beneficios penitenciarios, a la asistencia social y la prestación por desempleo cuando salga en libertad, a no ser sancionado sino por la comisión de las infracciones tipificadas en la ley y previo un procedimiento disciplinario que garantice la audiencia y la contradicción y, en definitiva, a los mismos que el ciudadano normal, excepto el de la libertad de la que está privado y los que, estén limitados por el contenido del fallo condenatorio, el sentido de la pena y la ley penitenciaria. Y, precisamente, como sistema de protección de estos derechos, debe existir, necesariamente, la figura del Juez de Vigilancia penitenciaria, al que puedan acudir libre y directamente los internos, sin necesidad de representación legal o procesal. Así debe ser.

Sin embargo, aunque en mejor o peor medida, los sistemas normativos de los diferentes países, también los latinoamericanos, contemplan algo parecido a lo aquí expuesto en sus constituciones políticas, códigos penales y procesales y leyes penitenciarias, la realidad es bien

diferente y, por supuesto también en los países donde no solo la legislación penitenciaria es avanzada, sino que también, en virtud de las obligaciones del Estado Social de Derecho, han dedicado buena parte de sus presupuestos a la mejora de las condiciones de vida de las prisiones, a la renovación de sus infrahumanas instalaciones y a la preparación de los profesionales penitenciarios, también aquí como digo, la cárcel sigue siendo, un lugar hostil, desocializador y estigmatizante, donde la persona, sobre todo los delincuentes primarios, se inician y perfeccionan en la carrera del crimen porque en sus vicisitudes diarias los reclusos tienen que sortear chantajes, extorsiones, amenazas y agresiones físicas, ya que la vida en prisión se caracteriza, como afirma MUÑOZ CONDE ²⁷⁴, por la aparición de una subcultura carcelaria específica a la que ha de adaptarse el preso si quiere sobrevivir. Ha de adaptarse a la forma de vida y a las normas que le imponen sus compañeros. Es decir, lo que CLEMMER define como “prisionización” y GOFFMAN, “enculturación”. La prisionización tiene efectos negativos para la resocialización difícilmente evitables con el tratamiento. La cárcel cambia al delincuente pero generalmente para empeorarlo, no le enseña valores positivos, sino negativos para la vida en sociedad. Le hace perder facultades vitales y sociales mínimas exigibles para llevar una vida en libertad y le da, en cambio, una actitud negativa frente a la sociedad. Resulta sarcástico educar para la libertad en un medio en el que individuo está precisamente privado de la libertad.

De todas formas, es rigurosamente cierto que la mejora de las instalaciones, de los recursos, del personal penitenciario y de las actividades laborales, ocupacionales o deportivas influyen positivamente en las condiciones de vida de los reclusos. Y esto es un importante cometido de los Jueces de Vigilancia, que deben exigir que los Estados inviertan más en la mejora de las condiciones de vida de los reclusos y que la Administración penitenciaria ejerza su función con absoluto respeto al ordenamiento jurídico. En un Estado de Derecho, las autoridades judiciales constituyen uno de los pilares fundamentales de la convivencia y tienen el deber ineludible de cumplir y hacer cumplir las leyes y de que sus resoluciones se respeten bajo la amenaza del desacato. Ustedes, que son Jueces de Ejecución de la pena y Vigilancia penitenciaria, deben hacer valer su justo criterio ante las autoridades administrativas, corrigiendo y denunciando las arbitrariedades y los abusos cometidos, de lo contrario, se convertirían en meros cómplices de un sistema corrupto que resquebraja poco a poco el edificio del sistema. No es posible, en pleno siglo XXI, que todavía existan cárceles que son depósitos de hombres infectos, almacenes de seres humanos alojados en unas instalaciones ruinosas,

274. MUÑOZ CONDE, F., La resocialización del delincuente, análisis y crítica de un mito, en Política criminal y reforma del Derecho penal, Temis, Bogotá, 1982, p. 137.

con unas condiciones de vida infrazoológicas y hacinamiento alarmante donde los reclusos han perdido el derecho, no sólo al trabajo, al estudio y a la formación, sino también a la salud, la integridad física y, en muchos casos a la propia vida. Y es más triste aún, que en muchos casos, sus legislaciones penitenciarias sean calificadas incluso de excelentes, con establecimientos docentes para la formación del personal y que las Constituciones dispongan en su contenido de importantes referencias a la finalidad resocializadora de las penas privativas de libertad. De nada nos sirve tener buenas leyes, si no se ejecuta de acuerdo a sus postulados.

Desbrozaré, aunque sea brevemente, las funciones de los Jueces de Vigilancia en este importantísimo asunto de protección de los derechos de los internos. En el Derecho español, siguiendo con lo estipulado en la Ley General Penitenciaria, en su artículo 76 se prevén una serie de atribuciones para que los Jueces de Vigilancia ejerzan un control de las actuaciones de la Administración penitenciaria en relación con la organización de los establecimientos, el régimen y el tratamiento, que puedan suponer restricciones de los derechos de los internos. Dichas atribuciones serán:

~~El~~ derecho disciplinario penitenciario

tiene su filosofía y su razón de ser en garantizar la seguridad y el buen orden regimental y conseguir una convivencia ordenada (artículo 41 de la Ley y 231 de Reglamento). Precisamente porque el derecho disciplinario está sujeto a los principios de legalidad, culpabilidad, necesidad, non bis in idem, irretroactividad, tutela judicial efectiva, presunción de inocencia, audiencia, defensa, asesoramiento e información, entre otros, la intervención del Juez de Vigilancia es, como en todos los aspectos, necesaria e imprescindible. No hay tiempo para abundar en el tema, pero sí quiero dejar al menos unas breves pinceladas y manifestar que, a diferencia de los procedimientos penales, en el procedimiento disciplinario penitenciario los principios que lo presiden, no respetan en puridad de conceptos, los principios constitucionales básicos. El principio de legalidad queda muy afectado por la defensa, avalada también por el Tribunal Constitucional Español, en sentencias 74/1985 y 2/1987, de la denominada ~~el~~

~~el~~ afirmando que “el recluso está, respecto a la Administración penitenciaria, en una relación de sujeción especial” y que conlleva la asunción de una tutela limitada de derechos fundamentales. De esta relación jurídica se deriva un status específico que nace con el ingreso del interno en el establecimiento penitenciario. También la Administración en las relaciones de especial sujeción al actuar con flexibilidad y cierta libertad, ablanda el principio de legalidad, afecta a la seguridad jurídica y dificulta el control jurisdiccional de su actuación, sometiendo a los reclusos a un poder administrativo más intenso que el ejercido con carácter general sobre todos los ciudadanos. En el derecho disciplinario

se manifiesta, entre otros, en que las infracciones disciplinarias no se encuentren reguladas en la Ley, sino en el Reglamento, o que una autoridad administrativa pueda imponer sanciones como las de aislamiento en celda que un buen sector doctrinal consideramos que es una privación de libertad dentro de la privación de libertad (así lo establece nuestra Constitución en el artículo 25.3) y siendo así, este tipo de sanciones solo podrán ser impuestas por autoridad judicial y no administrativa. Sin embargo el Tribunal Constitucional se encarga de establecer que el aislamiento en celda no es más que “un plus derivado de la condena”. La intervención aquí del Juez de Vigilancia se limita a fiscalizar la imposición de sanciones disciplinarias superiores a catorce días de duración y, con independencia de que el recluso interponga recurso contra la resolución sancionadora de la Administración, que no sean ejecutivas hasta que el Juez se pronuncie, aunque haya adquirido firmeza por el transcurso del plazo de recurso ante el Juez (cinco días hábiles) y no se haya interpuesto. Se trata de un control judicial a posteriori, como garante de la legalidad de la actividad administrativa sancionadora. También aquí estarían incluidos los supuestos, de acuerdo con la Sentencia del TC, de 21 de enero de 1987, en los que el cumplimiento de la sanción sea sucesivo y sin solución de continuidad por la imposición de varias sanciones en un único procedimiento o incluso de sanciones recaídas en procedimientos distintos.

Justamente

relacionada con la anterior, el Juez de Vigilancia, siempre que el recluso interponga el correspondiente recurso, tiene el deber de fiscalizar la sanción impuesta por el órgano administrativo correspondiente (La Comisión Disciplinaria) y garantizar que los principios del procedimiento disciplinario penitenciario se hayan cumplido escrupulosamente por la administración (además de los expresados que se garantice una separación entre la fase de Instrucción y la fase de Decisión, que el interno sea previamente oído y se practiquen las pruebas que se consideren pertinentes y que pueda ser asesorado por la persona que desee, incluyendo, como es lógico, la asistencia letrada). Pero son varios los principios que no se respetan en su integridad como el relativo al derecho al asesoramiento en la asistencia letrada. Curiosamente, la posibilidad de asesoramiento de abogado no lleva implícita la presencia física del letrado en la comparecencia del interno, bien ante el Instructor del Procedimiento, bien ante la Comisión Disciplinaria. Y aunque la doctrina del Tribunal Constitucional incluye la posibilidad de asesoramiento con asistencia de abogado, en varias sentencias (18 junio 1985, 21 enero 1987, 1 diciembre 1987, 17 mayo 1993, 12 junio 1993 o 26 noviembre 1996), también establece que “la eficacia de la asistencia técnica no queda sustancialmente disminuida por la falta de presencia física del letrado, ya que su asesoramiento está previsto que se produzca

en el momento oportuno y puede versar tanto sobre el pliego de cargos como sobre la prueba, y puede dar lugar a una contestación de descargo técnicamente preparada, sobre todo en el caso de la contestación por escrito, de modo directo por el abogado del interno”. Desde luego es una tesis que no defendemos y pensamos que la asistencia letrada debería incluir también, como es lógico, la presencia física del abogado. El derecho a la defensa es un derecho constitucional y no puede tener límites más allá que los establecidos con carácter general para el proceso penal. En la limitación sobre el derecho de asesoramiento nos encontramos con otra restricción al no permitir que el interno, dentro del procedimiento disciplinario, pueda utilizar la “asistencia jurídica gratuita en caso de necesidad”, es decir, el abogado de oficio. El Tribunal Constitucional, en sentencia de 9 de julio de 1996, establece que “no implica el reconocimiento de derecho a la asistencia jurídica gratuita, lo que no contradice el artículo 24.2 de la Constitución Española pues como resulta del artículo 6.3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, tal derecho a la gratuidad a la asistencia letrada solo existe en los procesos judiciales y, además, no en todos, sino solo cuando los intereses de la justicia lo requieran”. Esto vulnera derechos fundamentales pues, aunque el Juez de Vigilancia pueda, en aras a la defensa de la legalidad, corregir la actuación de la administración, las garantías que defendemos deberían estar incluidas en el procedimiento y en la imposición, de instancia, de las sanciones.

De otra parte, la intervención del Juez en otros momentos del procedimiento disciplinario es también imprescindible. La utilización de los medios coercitivos o de fuerza, como medidas utilizadas en caso de estricta necesidad y exclusivamente con el fin de restablecer la normalidad (aislamiento provisional, fuerza física personal, defensas de goma, esposas y aerosoles de acción adecuada), solo es admisible en casos de urgencia. Cuando deban utilizarse debe comunicarse inmediatamente al Juez de Vigilancia, quién tiene que evitar la utilización discrecional, abusiva, indiscriminada y de forma generalizada de estos medios de fuerza. Así lo recogen algunos Autos de Jueces de Vigilancia (Por todos el del Juzgado de Vigilancia de Oviedo de 20 octubre de 1993), que establece que “solo se debe recurrir al empleo de medios coercitivos cuando la conducta del interno, en cada caso, así lo justifique, en los supuestos previstos en el artículo 45 de la Ley”. Tampoco pueden utilizarse ante la mera sospecha de una futura conducta antijurídica, si ésta no se apoya en una alteración de la normalidad. Así el Auto del Juzgado de Vigilancia de Sevilla de 6 junio 1990 establece que “la autorización, por vía del artículo 45 de la Ley, de la utilización de estos medios en base a sospechas supone la concesión a la Administración de una potestad que, entiendo, excede de lo querido por la letra y el espíritu de la Ley y de control judicial a posteriori, con lo que ello supone”. Podría, como les digo, desarrollar innumerables ejemplos

sobre cómo debe ser la actuación del Juez en el procedimiento disciplinario, pero el tiempo no da para más. Comencé esgrimiendo el fundamento legal del procedimiento disciplinario: garantizar la seguridad, el orden y la convivencia ordenada de los internos. Éste es el prototipo de un término jurídico indeterminado cuya aplicación puede generar abusos y fuente de limitaciones regiminales de los internos, de difícil fiscalización. Últimamente ciertos presos terroristas vienen reivindicando en las prisiones, en mi opinión de forma pacífica, la puesta en libertad de todos los presos que tengan cumplidas las tres cuartas partes de la condena (libertad condicional), la de los enfermos incurables y que reagrupen a todos los presos en las cárceles del País Vasco. Esta reivindicación la expresan en la negativa a salir a sus patios durante los fines de semana y, por consiguiente se quedan en sus celdas. La Administración penitenciaria considera que con esta conducta se “atenta a la seguridad, al orden y a la convivencia”, y, por consiguiente, los internos son sancionados. Desde aquí mantenemos que no debe sancionarse porque lo que hacen es renunciar a un derecho (la salida al patio) y sus reivindicaciones son manifestación clara de la libertad de expresión. Así lo entiende el Juzgado de Vigilancia de Granada, en Autos de 24 de enero de 2000 y 23 de marzo de 2000, que establecen la negativa por parte del recurrente a salir al patio durante el horario que se especifica en el artículo 94 del Reglamento penitenciario, técnicamente considerado, prescindiendo, consiguientemente, de los motivos determinantes de tan insólito comportamiento, es una renuncia, es decir, una declaración de voluntad dirigida al simple abandono desprendimiento de un derecho subjetivo, facultad, beneficio, pretensión expectativa o posición jurídica. Se apela al Código civil en tanto en cuanto no contraría el ~~principio~~ ~~de~~ ~~la~~ ~~seguridad~~ ~~del~~ ~~delito~~ ~~de~~ ~~coacciones~~ ~~o~~ ~~en~~ ~~su~~ ~~caso~~ ~~como~~ ~~residual~~ ~~un~~ ~~delito~~ ~~contra~~ ~~la~~ ~~integridad~~ ~~moral~~ ~~al~~ ~~impedir~~ ~~hacer~~ ~~con~~ ~~violencia~~ ~~lo~~ ~~que~~ ~~la~~ ~~ley~~ ~~no~~ ~~prohíbe~~ ~~o~~ ~~compeliere~~ ~~a~~ ~~efectuar~~ ~~lo~~ ~~que~~ ~~no~~ ~~quiere~~ ~~infligir~~ ~~un~~ ~~trato~~ ~~degradante~~ ~~menoscabando~~ ~~gravemente~~ ~~la~~ ~~integridad~~ ~~moral~~. Así lo establecen el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en sentencia de 25 de febrero de 1982 e incluso el Tribunal Constitucional Español que, con respecto a la huelga de hambre de los reclusos estableció que “privar a alguien del derecho a reivindicar, incluso de forma análoga y peligrosa como una huelga de hambre, supone un delito contra su libertad”. Igualmente el Alto Tribunal, en sentencia de 19 de junio de 1990 establece que “el no respeto a la voluntad libre del huelguista puede suponer una humillación o vejación de la dignidad personal del huelguista”.

que en este supuesto se podría estar cometiendo por parte de la Administración un presunto delito de coacciones, o, en su caso, como residual, un delito contra la integridad moral, al impedir hacer con violencia lo que la ley no prohíbe o compeliere a efectuar lo que no quiere, infligir un trato degradante, menoscabando gravemente la integridad moral. Así lo establecen el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en sentencia de 25 de febrero de 1982 e incluso el Tribunal Constitucional Español que, con respecto a la huelga de hambre de los reclusos estableció que “privar a alguien del derecho a reivindicar, incluso de forma análoga y peligrosa como una huelga de hambre, supone un delito contra su libertad”. Igualmente el Alto Tribunal, en sentencia de 19 de junio de 1990 establece que “el no respeto a la voluntad libre del huelguista puede suponer una humillación o vejación de la dignidad personal del huelguista”.

Existe una gran variedad de peticiones y quejas que pueden dar lugar a resoluciones de los Jueces de Vigilancia, en la medida en que pueden referirse a cualquiera de los derechos o beneficios penitenciarios, y a la totalidad de los preceptos legales y reglamentarios en materia de régimen y tratamiento. Mientras los recursos tienen limitada la materia, las quejas, en cambio, pueden formularse sobre todo lo relacionado con el régimen y el tratamiento penitenciario en cuanto afecte a los derechos fundamentales o a los derechos o beneficios penitenciarios de los internos. Esto puede plantear conflictos de jurisdicción pudiendo invadir el Juez competencias que la Administración penitenciaria tiene reservadas. Las resoluciones de peticiones y quejas emitidas por los Jueces de Vigilancia no pueden eludir la previa intervención de la administración penitenciaria cuando sea preceptiva, como ocurre en materia de permisos, clasificación, etc. Ahora bien, esto no es óbice para que la actuación del Juez sea, igualmente necesaria, con la salvedad antes mencionada. Incluso, ante situaciones que tenga que ser preceptiva la actuación de la administración, si ésta no se da, el Juez debe controlar esa inactividad de la administración. Un ejemplo claro es, en las revisiones de grado, si la administración se excede en el plazo obligatorio para realizarlas (cada seis meses como máximo), o si, ante la solicitud del penado de concesión de permisos ordinarios, la administración no se pronuncia.

Con esta atribución se pretende que conozca el estado de la prisión y sus servicios y el contacto con los internos, que se entreviste con ellos, conozca directamente, de propia mano, sus quejas, peticiones, etc. Es importante que las entrevistas. La visita la puede hacer sin previo aviso. Las legislaciones deben garantizar este contacto directo del Juez con el mundo prisional para que compruebe "in situ", los problemas.

En este aspecto, se posibilita al Juez que autorice los permisos ordinarios de internos clasificados en segundo grado que superen los dos días de duración, y los permisos extraordinarios de los internos de primer grado. En cambio, los permisos de los internos clasificados en tercer grado no los autoriza el Juez, sino la Administración penitenciaria. Nos parece criticable esta posición de la Ley de dejar en manos de la Administración la autorización de los permisos para los internos de tercer grado y hasta dos días los permisos de los internos de segundo grado. Si bien, es la Administración, por medio de la Junta de Tratamiento la que acuerda la concesión de todos los permisos, también sería lógico que fuese el Juez

ASENCIO CANTISÁN, H., La intervención judicial en la ejecución penal desde una perspectiva resocializadora, en Poder judicial, 1987. El juez de vigilancia, Revista de Estudios Penitenciarios, 1988.

BASCH ESTANY, El control judicial de la ejecución de las penas en nuestro entorno cultural, en RIVERA (Coord.), Cárcel y derechos humanos. Un enfoque relativo a la defensa de los derechos fundamentales de los reclusos, Bosch, 1992.

BELTRÁN CATALÁ, D. Ministerio Fiscal y Administración penitenciaria como partes de un proceso ante la jurisdicción de vigilancia penitenciaria, Cuadernos de Derecho judicial, 1995.

BUENO ARÚS, F., Los jueces de vigilancia y la criminología, Poder Judicial, 1983.

Los permisos de salida y las competencias de los Jueces de vigilancia penitenciaria, Poder Judicial, 1986.

El Juez de vigilancia penitenciaria y los derechos de los penados, La Ley nº 1841, 1987.

CARMENA CASTRILLO, M. El Juez de vigilancia penitenciaria y la ejecución de las penas, Cuadernos de Derecho judicial, 1995.

DOÑATE MARTÍN, A. El Juez de vigilancia penitenciaria, Jornadas sobre privaciones de libertad y derechos humanos, Jueces para la democracia, 1987.

FERNÁNDEZ GARCÍA, PÉREZ CEPEDA, SANZ MULAS, ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, (Coord. BERDUGO). Manual de Derecho Penitenciario, Colex, 2001.

FERNÁNDEZ GARCÍA, J., El tratamiento penitenciario resocializador, Tecnos, 1995.

La ejecución de las penas privativas de libertad, Universidad de Salamanca, 1997.

El Código penal: diez años después, Universidad de Salamanca, 1998.

GÓMEZ DE LA ESCALERA, J. J. El control jurisdiccional de la ejecución de las penas privativas de libertad. El Juez de vigilancia penitenciaria, Actualidad penal, 1994.

LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J. Recursos contra las decisiones del Juez de vigilancia penitenciaria, en Vigilancia penitenciaria, Poder judicial, especial III, 1988.

MANZANARES SAMANIEGO, J. L. La problemática actual del Juez de vigilancia penitenciaria, Revista de Estudios Penitenciarios, 1981. El Juez de vigilancia penitenciaria, Lecciones de Derecho Penitenciario, Alcalá de Henares, 1989.

MAPELLI CAFFARENA, B. La judicialización penitenciaria. Un proceso inconcluso, Cuadernos de Derecho judicial, 1995.

RACIONERO CARMONA, F. El Juez de vigilancia penitenciaria: historia de un afán. Minorías y prisión, Eguzkilore, Cuaderno del Instituto Vasco

de Criminología, 12, 1998.

Relaciones entre la Administración penitenciaria y la jurisdicción de vigilancia. Competencias y conflictos, Vigilancia penitenciaria, Consejo General del Poder Judicial, 1996.

RUIZ VADILLO, E., La ejecución de la pena privativa de libertad bajo la intervención judicial, Anuario de Derecho penal y ciencias penales, 1979.

TAMARIT SUMALLA, J. M. Curso de Derecho penitenciario, tirant lo blanch, 2001.

7. EL DERECHO A LA PROPIA IMAGEN COMO DERECHO DE LA PERSONALIDAD Y COMO DERECHO PATRIMONIAL.

SUMARIO

1. INTRODUCCION. 2. EL SUPUESTO DE HECHO. 3. EL PLANTEAMIENTO DE LA DEMANDA. 3.1 El concepto de imagen en la ley de protección del derecho al Honor, la Intimidad y la Propia Imagen y en la Constitución Española. 3.2 El Requisito de reconocibilidad en la violencia del derecho de la imagen como intimidad u honor en el uso comercial de la imagen. 4. CONCLUSION. 5. BIBLIOGRAFIA

1. INTRODUCCION

La Sentencia del Tribunal Constitucional 81/2001 del 26 de marzo del 2001 desestimó el recurso de amparo presentado por la representación procesal del Sr. Emilio A.A. contra la Sentencia dictada por la Sala Primera del Tribunal Supremo del 30 de enero de 1998 y este hecho me ha llevado a reflexionar sobre una cuestión resuelta, según mi parecer, incorrectamente, o por lo menos de manera poco clara, por el legislador, a la que, a diferencia de lo que sucede en los EEUU, la doctrina española sólo ha dedicado sus esfuerzos durante los últimos años ²⁷⁵ y a la que la jurisprudencia ha tratado de manera confusa y muchas veces contradictoria. Me refiero a cuál es la diferencia existente entre los apartados quinto y sexto del artículo 7 de la Ley Orgánica 1/1982 del 5 de mayo de Protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y a la propia imagen.

Resulta evidente que la confusión se propicia con la introducción de un precepto que hace referencia a un derecho de carácter patrimonial sin regularlo y dentro de una ley que protege derechos que afectan a la personalidad y, como tales, irrenunciables, intransmisibles e imprescriptibles, pero ello no debería ser suficiente motivo para que se confundieran ambos derechos. No obstante, en ocasiones las resoluciones judiciales, incluso

275. Aunque cabe destacar específicamente sobre la apropiación del valor comercial de la imagen la monografía de IGARTUA ARREGUI, F. La apropiación comercial de la imagen y del nombre ajeno. Tecnos. Madrid 1991 y la de AMAT LLARI, E. El derecho a la propia imagen y su valor publicitario. Editorial La Ley. Madrid 1992 y referida a la imagen en general ROVIRA SUEIRO, M.E. El derecho a la propia imagen. Especialidades de la responsabilidad civil en este ámbito. Comares. Granada 2000 y AZURMENDI ADARRAGA, A. El derecho a la propia imagen. Su identidad y aproximación al derecho a la información. Civitas. Madrid 1997 entre otras.

entendiendo que el derecho al valor comercial de la imagen (protegido en el artículo 7.6 de la ley) tiene carácter patrimonial y aplicando sus normas, lo han definido como un derecho de la personalidad²⁷⁶, mientras que en otras se aplican los principios propios de un derecho de la personalidad para denegar o disminuir una indemnización derivada de la utilización comercial in consentida del derecho a la imagen²⁷⁷. El problema se complica si entendemos, como entiende la mayoría de la doctrina, que cuando se divulga la imagen de una persona su titular puede optar entre reclamar que se impida su publicación y se le indemnice del daño moral sufrido, y éste es un derecho autónomo de carácter fundamental y diferenciado del derecho a la intimidad²⁷⁸, o exigir que aquel que se aprovechó de su imagen le compense por el beneficio que con ello ha obtenido y que el titular de la misma ha dejado de percibir y en este caso se trata de un derecho patrimonial. Pero es que, además, entiendo que cuando la utilización es comercial existe igualmente la doble vertiente personal y patrimonial, ya que el derecho al valor comercial de la imagen tiene una faceta personalísima, como es la de permitir o no permitir la divulgación comercial, que con mucho mayor motivo puede no ser querida por aquel del que se reproduce la imagen, de tal modo que el artículo 7.6 no es más que una especialidad del 7.5, pero que aquel no excluye el contenido de éste. No obstante, es cierto que cuando una persona es famosa se tiende a interpretar que lo que desea es participar en los beneficios obtenidos por la comercialización de su imagen y cuando no lo es se entiende que se ha producido una intromisión en su intimidad y seguramente la vinculación entre intimidad e imagen ayuda a este planteamiento²⁷⁹, y quizá sea esta confusión una de las causas de la desestimación de la demanda del actor, ya que mientras parece que el Tribunal Supremo entendió que se estaba reclamando un derecho fundamental y desestimó la demanda por considerar que no se daban los requisitos exigibles para su protección, el Tribunal Constitucional interpretó que lo que se reclamaba era un derecho patrimonial y por ello no dio lugar al recurso. Por esta razón, la finalidad de este

276. véase la STS de 9 de mayo de 1988 en la que se estima el derecho de la Asociación de Futbolistas Españoles como cesionaria del derecho a la imagen de los futbolistas, a recibir una indemnización por su uso comercial y en cambio se dice que es un derecho de la personalidad o la de la Audiencia Territorial de Barcelona de 27 de junio de 1986 que considera que el derecho reconocido en el artículo 7.6 de la ley orgánica es un derecho de la personalidad

277. La STS de 22 de junio de 1988 deniega un aumento de la indemnización concedida por utilización de la imagen con fines publicitarios porque en el anuncio se muestra una imagen agraciada, honestamente presentada, atractiva e ingeniosa cuya divulgación a salvo siempre la eventual oposición de la interesada no cabe considerar como causante de mayores perjuicios en el actual entorno social, por lo que no entiende que se hayan infringido los artículos 7.6 y 9.3 de la ley de 5 de mayo de 1982.

278. Como se pone de relieve en la redacción del artículo 7.5 de la ley orgánica cuando considera ilegítimo captar, reproducir o publicar la imagen de una persona también fuera de los lugares o momentos de su vida privada.

279. Históricamente el derecho al uso comercial de la imagen aparece en el mundo anglosajón como una rama desgajada del derecho a la intimidad y Prosser lo considera como un cuarto supuesto de invasión de este derecho, ver en este sentido PROSSER AND KEATON, *The Law of Torts*. Sant Paul Min. West 1984 pag. 851 Igualmente en nuestro país se afirma que el derecho a la imagen, aún siendo autónomo está íntimamente conectado con el derecho a la intimidad del que viene a ser como una subespecie, como defiende BUSTOS PUECHE, José Enrique. "Los límites de los derechos de libre expresión e información según la jurisprudencia" en Estudios sobre el derecho a la intimidad. Editados por Luis García San Miguel. Tecnos. 1992. Pág. 154 y ni el origen común, ni la frecuente conexión impiden su autonomía, como pone de relieve ROVIRA SUEIRO, M.E. "El derecho a la propia imagen: configuración legal y límites" *Revista de Derecho Privado*. Febrero 1998 págs. 159 y 160, tesis que comparto plenamente.

trabajo debería ser como mínimo avanzar en la clarificación de los conceptos.

2. EL SUPUESTO DE HECHO

En el caso que resuelve la Sentencia del Tribunal Constitucional del 26 del marzo del 2001, el recurso tenía su origen en la demanda presentada por Don Emilio A.A. contra la entidad mercantil "Proborin S.L." ante del Juzgado de Primera Instancia de Villanueva de la Serena, y que se fundamentaba en la vulneración por la demandada de los derechos fundamentales del actor, concretamente en su derecho a la identidad, al haber utilizado su imagen en un anuncio publicitario mediante el cual se hacía propaganda de un producto desodorante del calzado, denominado "Borin", motivo por el cual reclamaba se condenara a la demandada a indemnizarlo con la cantidad que se determinara en ejecución de sentencia. El anuncio en cuestión consistía en un dibujo en blanco y negro en el que aparecían unas piernas cruzadas enfundadas en unos pantalones negros y calzadas con zapatillas deportivas de color blanco, imagen a la que se le añadía una leyenda que decía "La persona más popular de España está dejando de decir te huelen los pies". La vulneración del derecho del demandante se fundamentaba en el hecho de que en aquel momento era popular en el Estado español una canción del Sr. A.A. titulada "Tú y yo" y que éste realizaba un programa en la televisión en el que aparecía con pantalones negros y zapatos deportivos blancos.

La Sentencia de instancia desestimó la demanda considerando que no se había producido intromisión ilegítima en la persona del demandante, por cuanto el dibujo en blanco y negro utilizado en la publicidad no respondía al concepto legal y jurisprudencial de imagen, concebido como una figura humana plenamente identificable y reconocible que dimanaba de la personalidad misma, argumentando que "la propia imagen de la persona es aquella que se forma en las mentes de los demás hasta el punto de asociarla de forma total con rasgos de su persona o de su personalidad", imponiendo las costas del procedimiento al actor.

Ante el recurso presentado por éste, la sección primera de la Audiencia Provincial de Badajoz dictó también Sentencia el día 17 de noviembre de 1993 en la que, estimando el recurso de apelación, condenaba a la demandada a cesar de forma inmediata en la intromisión, a pagar al actor la cantidad de 500.000 ptas. como indemnización por los daños morales sufridos, entendiendo que se había producido una intromisión ilegítima consistente en el uso comercial no autorizado de la imagen de una persona mediante el empleo de elementos que promovían o invitaban a la confusión con el original.

La citada resolución fue recurrida en casación por la representación de "Proborin S.L." y la Sentencia del Tribunal Supremo del 30 de enero de 1998, de la que fue ponente Don Alfonso Villagómez Rodil, estimó el

recurso, anulando la de la Audiencia y confirmando la del Juzgado de Primera Instancia. Los argumentos que esgrimía la referida resolución para revocar la de la Audiencia eran fundamentalmente dos: en primer lugar que ni la Constitución, ni la Ley Orgánica de protección del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y la propia imagen contienen una definición legal de la palabra “imagen” y que la jurisprudencia del Tribunal Supremo había entendido que era equivalente a representación gráfica de la figura humana y, en segundo lugar, que era necesario que ésta representación permitiera identificar a la persona que aparecía en ella, de tal manera que pudiera decirse que se correspondía con la del demandante, y que en el supuesto objeto del litigio el dibujo “por sí mismo no actúa como elemento identificador de persona alguna, ya que se trata de una reproducción gráfica llevada a cabo por ordenador”, mientras que el texto que lo acompaña “carece de intensidad probatoria suficiente para con base al mismo determinar la concurrencia de la imagen objetivamente reconocible del demandante”. A la citada sentencia formuló un voto particular el magistrado Don Xavier O’Callaghan Muñoz, que entendía que el concepto de imagen del artículo 7.6 no era el mismo que el del punto 5 del mismo artículo, ya que el primero comprendía no solo la figura humana estrictamente, como debía entenderse en el segundo, sino también aquella apariencia que objetivamente crea confusión con la imagen de otra persona, razón por la que consideraba que, en el caso objeto de litigio, la poca habitual vestimenta de la figura representada y la frase que la acompañaba eran suficientes para identificar la imagen del actor y por tanto suponían una utilización comercial de la misma, por lo que, en contra del criterio de la Sala, entendía que se había vulnerado el derecho patrimonial del actor a la su imagen.

3. EL PLANTEAMIENTO DE LA DEMANDA

Según consta en los antecedentes de hecho de las Sentencias dictadas en el presente procedimiento, el actor fundamentaba la demanda en la vulneración de los derechos fundamentales de la persona y reclamaba se suspendiera la difusión de los anuncios publicitarios, se reconociera la vulneración del derecho a la identidad del demandante mediante la utilización comercial y se condenara a la demandada a indemnizarle con la cantidad que resultara en ejecución de Sentencia, ya que era evidente que el demandado se había aprovechado de la fama y la popularidad del señor A. para resaltar el artículo que se promocionaba, lesionando la imagen del actor.

Del análisis de la citada demanda se podría deducir que el actor reclamaba el derecho a impedir un uso comercial de su imagen porque no

quería que se difundiera la misma, con independencia de que la utilización fuera comercial, o quizá por ello, y sin intento de participar en los beneficios que ésta pudiera generar, apoyándose por tanto en los artículos 18.1 CE y 7.5 de la Ley de Protección al Honor, la Intimidad y la Imagen. Esta posibilidad, que resulta de una interpretación literal de algunas de las palabras utilizadas en la demanda, ya que se definía el derecho como fundamental, y de la actuación del demandante al recurrir al Constitucional, no parece la más probable si tenemos en cuenta que el demandante es un actor famoso, que es lógico y habitual que pretenda aprovechar la fama adquirida en su propio provecho y no en el de otros, por que en ella se habla claramente de explotación comercial de la imagen e incluso porque la indemnización que solicita se deja para ejecución de Sentencia, es decir su fijación debería llevarse a cabo según criterios objetivos de beneficio obtenido por el infractor o de aquel que previsiblemente hubiera exigido el actor de haberse pedido su consentimiento y no subjetivos, de lesión a su intimidad o a su honor, que sólo el perjudicado puede valorar, aunque evidentemente los Tribunales pueden moderar. Por esta razón, podía interpretarse que la acción que ejercitaba el Sr. A.A. debiera haberse fundamentado claramente en la apropiación comercial de la imagen y en el deseo de participar en los beneficios obtenidos por el anunciante al lucrarse con la fama del actor, y que en este caso entiendo que no podrían existir razones para la desestimación de la demanda por el Tribunal Supremo, aunque evidentemente no pudiera prosperar el recurso ante el Constitucional.

En efecto, si se entendiera que ésta era la voluntad del demandante no existirían razones para la desestimación de la demanda, ya que no creo que pueda argumentarse que cuando se vulnera el derecho comercial de la imagen sea necesario que se reproduzca fielmente la fisonomía de una persona, siempre que se le pueda identificar a través de cualquier circunstancia y en el caso objeto de litigio pienso que la identificación era clara. Como ponía de relieve el voto particular del magistrado Don Xavier O'Callaghan, no sólo se reproducía un tipo de vestimenta que habitualmente nadie utiliza, pantalones de vestir junto a zapatillas deportivas, y que en cambio era la que utilizaba el actor en su programa de televisión, sino que, además, se citaba una frase que era el título de una canción interpretada por él y conocida en aquel momento y se hacía referencia a la persona más popular de España, alusión que también a él debía referirse, puesto que, no siendo quizá la persona más famosa del país, sí era una de las más famosas si tenemos en cuenta la influencia que la televisión puede ejercer en el público en general. En este sentido es, como dice el demandante, abundante la jurisprudencia especialmente anglosajona que entiende que es suficiente que con los elementos que aparecen en la publicación un grupo más o menos numeroso de personas puedan identificar

a la persona de la fama de la cual pretenden aprovecharse los anunciantes, y estos elementos tanto pueden ser su figura, como su voz o cualquier otro rasgo de la personalidad, teniendo en cuenta que, cuanto más famosa sea la persona más fácil va a ser identificarla mediante elementos que no supongan reproducción directa de su fisonomía ²⁸⁰.

A pesar de ello, el demandante reitera que se ha vulnerado un derecho personalísimo y por ello recurre finalmente al Tribunal Constitucional y no puede negarse la posibilidad de que una persona pretenda que no se utilice su imagen porque no quiere que se le asocie a un producto determinado o sencillamente porque no desea su utilización comercial en ningún caso ²⁸¹. Frente a este derecho no puede alegarse que el hecho de ser famosa le impide fundamentar su demanda en el artículo 18.1 de la CE o en el 7.5 de la Ley Orgánica, tanto si la utilización es comercial como si no lo es, aunque en este último caso deberán tenerse en cuenta muchas excepciones ²⁸², ya que no se puede pretender que por el hecho de ser famosa una persona deba acceder a la utilización comercial de su imagen, incluso aunque otras veces lo haya permitido ²⁸³. De la misma manera que una persona famosa tiene intimidad aunque sea poca ²⁸⁴, tiene también derecho a preservar en absoluto su imagen de la divulgación al público especialmente en el ámbito comercial, ya que en este segundo caso no deberán aplicarse las excepciones que se aprecian en el primero ²⁸⁵.

En el mismo sentido una persona que no goce de fama podría reclamar una compensación por el uso comercial, ya que aunque ello no es frecuente podría suceder que sus características fueran interesantes para un anunciante, por ejemplo la imagen de una persona obesa podría ser adecuada para promocionar aquellos productos que se anuncian como reductores del apetito, o la de una persona afectada de acné para promocionar una crema curativa, especialmente si después podemos eliminar por medio de manipulación los granos de la fotografía e incluso se ha dicho que la persona que no era famosa se convierte en popular gracias al anuncio ²⁸⁶.

Lo que ocurre es que en el caso de una persona famosa su imagen

280. ver en este sentido con cita de sentencias y bibliografía extranjeras AMAT LLARI, E. El derecho ... op cit. págs. 14 a 16

281. Como pone de relieve el FJ 2º de la STC que constituye el objeto de este comentario "la explotación comercial in consentida –e incluso en determinadas circunstancias la consentida- de la imagen de una persona puede afectar a su derecho fundamental a la propia imagen".

282. Un análisis de las excepciones puede verse en ROVIRA SUEIRO, M. E. El derecho ... op. cit. págs. 89 y ss y ninguno de estos supuestos afectaría al uso comercial.

283. Así la STS del 9 de mayo de 1988 reconoce de manera clara que la notoriedad no puede otorgar carácter legítimo a la intrusión.

284. Como pone de relieve GARCIA SAN MIGUEL, L. "Reflexiones sobre la intimidad como límite a la libertad de expresión" en Estudios ... op. cit. pág. 23 y ss. o como afirma la STS del 17 de diciembre de 1997, respecto de la persona de proyección pública el honor disminuye, la intimidad se diluye y la imagen se excluye, aunque yo añadiría que su utilización comercial cobra valor.

285. Así la STS del 29 de marzo del 1996 pone de relieve que cuando una persona ejerce un cargo público o una profesión de notoriedad o proyección pública, aunque la imagen se capte durante un acto de tal clase en lugares abiertos al público, únicamente es legítima dicha captación para fines de mera información, pero nunca cuando se trate de fines publicitarios.

286. Ver en este sentido AMAT LLARI, E. El derecho... op. cit. pág. 12 y las citas que en ella se recogen

tiene un mayor valor comercial que personal y su utilización con fines publicitarios le causa un perjuicio económico grave, ya que le disminuye sus ingresos, mientras que en relación al individuo ordinario sucede lo contrario, y por ello en el primer caso es más frecuente que se reclame la compensación comercial, mientras que en el segundo lo más frecuente es lo contrario. No obstante, el perjudicado tiene, a mi modo de ver, derecho a optar por una u otra acción ²⁸⁷ y, aunque en principio se piense que una persona famosa reclamará la participación en los beneficios de la utilización, no por ello se le puede negar su derecho a oponerse frontalmente a la utilización comercial, aunque en este caso la compensación económica que pueda pedir seguramente sería menor. Lo que no puede hacer es pedir indemnización por ambos conceptos, porque es incompatible pretender evitar con querer participar en la explotación, de hecho, quien ejercita su derecho a participar de los beneficios de la explotación comercial de la imagen está renunciando al derecho autónomo a preservar su imagen. Incluso debe entenderse ²⁸⁸, que el artículo 7.5 no hace más que proteger de manera general el derecho a la imagen mientras que el 7.6 supone una protección especial contra el uso comercial, razón por la que, tanto apoyándose en el artículo 7.5 como en el 7.6, se podría defender tanto un derecho patrimonial como un derecho de la personalidad, ya que como pone de relieve el voto particular a la Sentencia del Supremo, el derecho al valor comercial de la imagen no deja de pertenecer al derecho a la imagen reconocido constitucionalmente y tenido como derecho de la personalidad, aunque esté un tanto alejado de éste, o como pone de relieve la Sentencia que comentamos “aunque obviamente la explotación comercial incontestada, e incluso en determinadas circunstancias la consentida, de la imagen de una persona puede afectar a su derecho fundamental a la propia imagen”. De hecho, para vulnerar el derecho al valor comercial de la imagen es necesaria la intromisión en la faceta personalista, como instrumento para aprovecharse de su valor en el comercio, desconociendo la libertad de la persona para decidir sobre la divulgación de su imagen ²⁸⁹.

Como sucede en el derecho a la propiedad intelectual, que tiene también una vertiente moral, que debe entenderse como derecho fundamental a que se publique o no una obra, y una vertiente patrimonial, que comprende el derecho a participar en su explotación ²⁹⁰, el derecho al valor comercial de la propia imagen tiene una vertiente de derecho fundamental: derecho a permitir o impedir que se publique con finalidades

²⁸⁷. Ver en este sentido AMAT LLARI, E. El derecho ... op. cit. pag. 5

²⁸⁸. Así lo entiende IGARTUA ARREGUI, F. La apropiación comercial de la imagen y del nombre ajenos. Tecnos. Madrid 1991 pag. 15

²⁸⁹. Así lo pone de relieve CABEZUELO ARENAS, A.L. Comentario a la misma sentencia CCJC número 57 enero – diciembre 2001. pag. 787.

²⁹⁰. GARTUA ARREGUI, F. en “El derecho a la imagen en la jurisprudencia española” en El mercado de las ideas. AA.VV. Madrid 1990 pag. 322 y en “Crónica de la última jurisprudencia norteamericana en materia de libertad de expresión e información” Actualidad Civil 1989, T. II pag. 1442 se pregunta si la solución debería ser ésta o es mejor considerar que dos derechos autónomos que recaen sobre el mismo objeto

comerciales la imagen de una persona y una vertiente patrimonial: el derecho a participar en los beneficios de su explotación, el primero más volcado en impedir y el segundo en el deseo de compartir²⁹¹.

Ante la posibilidad de que el demandante optara por reclamar un derecho personal o un derecho patrimonial, la demanda debería haber argumentado de manera inequívoca cuál era la acción ejercitada, ya que, si lo que en realidad quería el actor era la compensación correspondiente a la apropiación indebida del derecho al valor comercial de la imagen, debía haberlo justificado claramente y entonces considero que no existían motivos para que los tribunales ordinarios desestimaran la demanda, aunque evidentemente debía desestimarse el Tribunal Constitucional. Por el contrario, de las manifestaciones contradictorias de la demanda podía deducirse que lo que defendía era un derecho de la personalidad, y así parece que lo entendieron tanto el Juzgado de Primera Instancia como el Tribunal Supremo, y en este caso entiendo que tampoco había motivos para desestimar la demanda por parte de los citados tribunales. No obstante, esta falta de claridad explica su desestimación por el Constitucional porque, como se pone de relieve en la Sentencia que comentamos, el recurrente había puesto de relieve repetidamente que reclamaba el valor comercial de su imagen, razón por la que hubiera sido incongruente proteger su derecho fundamental a evitar su reproducción, porque los tribunales pueden aplicar a los hechos normas distintas a las alegadas por el demandante, pero lo que no pueden hacer es apartarse de la causa de pedir, concediendo una indemnización por la violación de un derecho personal cuando lo que se pide es la participación en los beneficios (artículo 218.2 LEC). También es posible entender que la causa del fracaso fue que el concepto de imagen cuando se protege un derecho fundamental no es el mismo que cuando lo que se reclama es la participación en la explotación comercial, de tal manera que en el supuesto de autos el dibujo utilizado para apropiarse de la imagen sólo permitía reclamar un derecho de carácter patrimonial y ello no quedó claro en la demanda que originó el litigio. Frente a ello cabe afirmar que aunque se trata de un tema difícil y poco resuelto, ya que no es habitual que un famoso pretenda impedir totalmente la divulgación de su imagen, según mi parecer, la imagen que de ella misma ha creado una persona dimana de su personalidad y lo que se protege constitucionalmente no son sólo los rasgos físicos, sino la identidad de la persona, siempre que ésta sea perfectamente reconocible a través de los elementos que aparezcan en la publicación.

291. CABEZUELO ARENAS, A.L. en el comentario a esta misma sentencia en CCJC número 57 enero – diciembre del 2001 pág. 784 pone de relieve que el primero está basado en la nota de exclusión mientras el segundo se orienta hacia la explotación.

3.1 El concepto de imagen en la ley de protección del derecho al honor, la intimidad y la propia imagen y en la Constitución española.

El concepto de imagen que se utiliza parece en principio diferente si nos referimos al artículo 18.1 CE o al 7.5 de la ley orgánica, que si pretendemos analizarlo en el contexto del artículo 7.6 de esta última ley.

Por lo que hace referencia el artículo 7.6 de La Ley de Protección al Honor, la Intimidad y la Imagen creo que el concepto de imagen que en él se utiliza es suficientemente claro. La utilización de la imagen de una persona famosa sin consentimiento de la misma difícilmente se lleva a cabo mostrando una imagen clara de la misma que reproduzca con fidelidad sus rasgos, como puede ser la que se recoge en una fotografía. En este caso es evidente que la persona que ve utilizada su imagen para promocionar comercialmente un producto, especialmente si es famosa, reclamaría de inmediato en la mayoría de los supuestos que se retirara el anuncio y que se le compensara económicamente. Por ello la situación más habitual es aquella en que no se utiliza la imagen de la persona directamente, sino que se sugiere que es ella la que aparece en el anuncio. En los tribunales de los países anglosajones son frecuentes las demandas en las que se ha utilizado la fama de una persona mediante elementos como la voz, el vestido, los hábitos, el perro o cualquier otro que nos lleve a identificarla sin que su fisonomía aparezca en realidad. Esta estrategia permite que el consumidor reconozca quien el famoso que anuncia el producto y en cambio que aquel de la fama del cual se aprovecha el anunciante tenga que recurrir a los tribunales para ver si éstos, al igual que los particulares, identifican la imagen de la persona a través de los indicios que indirectamente la sugieren. Incluso el artículo 7.6 de la ley española se refiere no sólo a la imagen, sino también a la voz o el nombre, sin que se trate a mi modo de ver de una enumeración exhaustiva de las posibilidades de infringir este derecho. En este sentido la Sentencia de la Audiencia Provincial entiende que para apropiarse de la imagen es suficiente que se utilicen aquellos elementos que promueven e incitan a la confusión con el original y éste es el concepto de imagen que habitualmente se defiende en el caso de apropiación del valor comercial de la imagen.

Por el contrario, el concepto de imagen ya no es tan claro cuando la demanda se basa en una violación del derecho fundamental a evitar su publicación y por tanto en el artículo 18.1 CE o en el 7.5 de La Ley Orgánica. Algunas Sentencias del Tribunal Supremo consideran que el concepto de imagen es en este caso un concepto físico referido al aspecto externo de la persona, reproducción gráfica de la figura humana ²⁹², en el mismo sentido, el Tribunal Constitucional vincula la imagen con el aspecto físico,

²⁹². Así las STS del 29 de marzo de 1988, 21 de octubre de 1996 o 21 octubre de 1997 o O'CALLAGHAN MUÑOZ, X. Libertad de expresión y sus límites: honor, intimidad e imagen. Madrid 1991. Pág. 99

aunque también se refiere a características externas ²⁹³. Sin embargo, pienso que, tanto en el caso que se entienda que se está vulnerando un derecho fundamental, ya que se defiende el derecho autónomo a preservar la propia imagen de una publicidad no querida, como cuando se intenta proteger el derecho a la intimidad o el honor de la persona vulnerado mediante la utilización de la imagen en el ámbito comercial, como cuando lo que se desee es participar del beneficio comercial, lo que debe evitarse es la apropiación de la identidad de una persona e incluso si entendemos que para que haya apropiación de la imagen debe aparecer la figura humana no es necesario que dicha figura se haya captado mediante una fotografía un una película, sino que puede reproducirse mediante un dibujo o una escultura, ni tampoco que mediante ella se reconozca a la persona, sino que es suficiente que el reconocimiento se produzca mediante elementos que la acompañen, sin que sea necesario que se reproduzcan sus facciones ²⁹⁴, razón por la que considero que no habían motivos para desestimar por esta causa el recurso de amparo.

Entiendo por tanto que no se puede estimar el argumento de que la imagen no se utiliza cuando consiste en un dibujo aunque sea realizado por ordenador. En efecto, el artículo 7.5 de La Ley Orgánica permite proteger la utilización de la imagen captada “por cualquier otro procedimiento” además de la fotografía y el film, razón por la que puede defenderse que también se puede impedir la reproducción mediante el dibujo, la pintura, la escultura o la caricatura, ya que también mediante ellas se puede obtener una reproducción física de la persona y resulta a mi modo de ver indiferente que el dibujo sea a mano o realizado mediante ordenador, ya que otra conclusión sería absurda. De hecho, dentro del concepto de imagen debe incluirse la caricatura ²⁹⁵ ya que la referencia a ésta última se recoge en el artículo 8.2 b) de dicha ley referido a la protección de derechos fundamentales y como una posibilidad permitida sólo en determinados casos ²⁹⁶. Por ello, el hecho de que en el caso que estudiamos la reproducción de la imagen del actor se hiciera mediante un dibujo de ordenador no debía ser causa para entender que mediante él no se divulgara su imagen ²⁹⁷.

Tampoco es aceptable el argumento de que el dibujo del actor no representa su figura, ya que es cierto que se acostumbra a decir que es imprescindible para entender que hay apropiación de la imagen que aparezca la figura de la persona, ya que imagen es, según la doctrina ²⁹⁸

293. ATC 321/1993 del 25 de octubre o STC 99/1994 del 11 de abril

294. En el mismo sentido ROVIRA SUEIRO, M.E. El derecho ... op. cit. pág. 59. Igualmente IGUARTUA ARREGUI, F. La apropiación ... op. cit. pág. 25 afirma que “no sólo la representación facial supone identificación, tanto para los supuestos del artículo 7.6 como para los del artículo 7.5”

295. Como defiende AZURMENDI ADARRAGA, A. El derecho... op. cit. pág. 26

296. Como pone de relieve ROVIRA SUEIRO, M.E. El derecho a la propia imagen, Especialidades de la responsabilidad civil en este ámbito. Comares. Granada 2000

297. Admiten la violación del derecho a la imagen mediante el dibujo ROYO JARA, J. La protección del derecho a la propia imagen. Colex 1987. Pág. 29 y IGUARTUA ARREGUI, F. La protección ... op. cit. pág. 32

298. así GITRAMA GONZALEZ, Manuel. Imagen y derecho a la propia. Nueva Enciclopedia Jurídica Seix Barcelona 1962 t XI pag 304

la reproducción de la figura humana en forma visible y reconocible y la jurisprudencia entiende el derecho como limitado a la reproducción o representación de la figura corpórea de determinada persona o la efígie de la misma ²⁹⁹ o la representación semejanza o apariencia de una cosa, ya que equivale a la representación gráfica de la figura humana mediante un procedimiento mecánico o técnico de reproducción ³⁰⁰. En el mismo sentido la Sentencia del Tribunal Constitucional 117/1994 entiende que el concepto se refiere a los atributos más característicos de la persona, la imagen física, la voz o el nombre que están protegidos por el artículo 18.1 CE. Pero en el supuesto que analizamos aparecía una figura humana aunque fuera incompleta.

Tampoco podría entenderse que el hecho de que la figura que se representaba fuera incompleta, ya que sólo aparecían los pantalones y las zapatillas, comportaba que no se pudiera considerar utilizada la imagen del actor porque no se reproducían sus facciones, porque para que se entienda que existe divulgación de la imagen no es necesario que se recojan los rasgos faciales de su titular tanto en los supuestos del artículo 7.6 como en los del 7.5 ³⁰¹. La doctrina pone de relieve que la cara es el elemento identificador más llamativo de una persona, pero también podría serlo otra parte del cuerpo, como el brazo de Napoleón o los dedos índice y medio de Churchill haciendo la señal de victoria ³⁰².

Por tanto, incluso en una concepción materialista estricta de lo que debe entenderse por imagen que deba incluir necesariamente la figura de la persona, el anuncio que dio origen al presente litigio violaba el derecho fundamental del actor a impedir la utilización de su imagen. Pero, además considero que debe estimarse que existe tal violación aún en el caso que entendiéramos que unos pantalones y unas zapatillas no son realmente una figura humana o no lo son de forma completa y por tanto no hay utilización de la imagen, ya que una concepción inmaterial de la misma nos llevaría a entenderla como aquella manifestación esencial de la personalidad que individualiza e identifica a un sujeto concreto en un marco social ³⁰³, de tal manera que el requisito sine qua non para entender que se está utilizando la imagen de una persona es únicamente su reconocibilidad, a través de cualquier elemento que la permita, aunque seguramente la mayoría de las veces los elementos que permitan la identificación acompañarán a una figura humana a fin de que pueda interpretarse que se refieren a ella, pero sin que esta figura deba por sí

299. Así lo pone de relieve la Sentencia de la Audiencia de Zaragoza de 9 de junio del 1967
300. STS de 11 de abril de 1987 que analiza el supuesto de la utilización con fines propagandísticos de unos empleados al salir de una fábrica y el mismo concepto se reitera entre otras en la de 13 de noviembre del 1989, mientras que la de 9 de mayo de 1988 se refiere al derecho que los demás no reproduzcan los caracteres esenciales de su figura.
301. Como ponen de relieve HERCE DE LA PRADA, V. El derecho a la propia imagen y su incidencia en los medios de difusión. Bosch Barcelona 1994, pág. 17 y IGARTUAARREGUI, F. La apropiación ... op. cit. pág. 25 no sólo la representación facial supone identificabilidad tanto en uno como en otro artículo.

302. ROYO JARA, J. La protección op. cit., págs. 26, 27 y nota 31.

303. AZURMENDI ADARRGA, A. El derecho ... op. cit. pág. 62

sola identificar a la persona. En este mismo sentido la Real Academia Española de la Lengua define la imagen como la figura, representación, semejanza y apariencia de una cosa, la STC 99/1994 destaca

[REDACTED]
[REDACTED] de instancia en este procedimiento define la imagen

[REDACTED] de la manera que

no siempre se exige que exista una figura para que pueda reconocerse a la persona, requisito que sí es imprescindible. Así mismo la doctrina³⁰⁴ entiende que de una interpretación extensiva del artículo 18.1 CE cabe deducir el derecho a la propia voz, o que en el concepto de imagen se incluyen las radiografías.

Cabe destacar también que la Constitución protege el derecho a la imagen junto con el honor y la intimidad y la Ley orgánica de Protección del Honor, la Intimidad y la Propia Imagen impide la captación de la imagen en momentos de la vida privada de una persona, o fuera de ellos (artículo 7.5 de la ley), por lo tanto, la protección de la imagen puede referirse a ésta como un derecho fundamental o suponer indirectamente una protección de la intimidad o del honor³⁰⁵ o incluso una determinada situación puede entenderse que se están vulnerando varios derechos simultáneamente, como sucedió en el supuesto resuelto por la STC de 2 de julio del 2001. En cualquiera de estos casos entiendo que es posible apropiarse de una imagen cuando se utiliza una fotografía o una película en la que los rasgos de una persona no sean claramente visibles, pero que por los elementos que acompañan a la figura, por el lugar en que se encuentra, o por cualquiera otros detalles pudiera conocerse su identidad y que el mismo planteamiento puede hacerse si se trata de un dibujo, aunque sea hecho por ordenador, una pintura o una caricatura o incluso de la grabación de su voz o la utilización del nombre. En este sentido, en relación a la voz, la STC 117/1994 de 25 de abril destaca que el derecho a la imagen reconocido por el artículo 18 CE “al par de los del honor y la intimidad personal forma parte de los derechos de la personalidad y como tal garantiza el ámbito de libertad de una persona respecto de sus atributos más característicos, propios e inmediatos como son la imagen física, la voz o el nombre, cualidades definitorias del ser propio y atribuidas como posición inherente e irreductible a toda persona”. Evidentemente el requisito indispensable de la identificación sólo sería posible cuando no se reproducen

304. ALEGRE MARTINEZ, M.A. El derecho a la propia imagen. Madrid, Tecnos 1997 págs. 86 y 92.
305. puede verse claramente en la STS del 29 de marzo del 1988 que resuelve el caso de la publicación incoherente de la fotografía de la artista Silvia Munt que fundamenta su decisión en el derecho de la actora en aquel que protege la imagen frente al creciente desarrollo de los medios y procedimientos de captación divulgación y difusión de la misma y los datos y circunstancias pertenecientes a la intimidad que garantiza el precepto. La sentencia que comentamos pone también de relieve en el fundamento jurídico segundo que, pese a estar configurado actualmente como un derecho autónomo presenta en ocasiones estrechas relaciones con el derecho al honor y el derecho a la intimidad ya que mediante la captación y publicación de la imagen pueden vulnerarse tanto uno como otro.

las facciones o el nombre si se trataba de una persona famosa y debería serlo tanto más cuanto más alejada de la representación física se hallara la reproducción. Por tanto, considero que debería estimarse la existencia de un concepto inmaterial de imagen cuando se pretenda impedir su divulgación, aunque ésta no suponga ningún ataque a su intimidad, ni a su honor o fama, ya que debe entenderse que el derecho a la imagen es un derecho autónomo que evita el desconocimiento por terceros de la libertad que asiste a cada individuo para decidir cuándo se han de captar, reproducir o publicar sus rasgos ³⁰⁶ o su identidad y aún en el caso, y con mucho más motivo, que dicha divulgación se haya producido en el ámbito comercial. En este último supuesto, si la publicación no reproduce exactamente la fisonomía de una persona, pero las características del dibujo o cualquier otro elemento permite identificarla y no le damos la posibilidad de defenderse sino cuando pretenda participar en el beneficio obtenido por el anunciante, creo que estaremos vulnerando el derecho fundamental de una persona a impedir la divulgación de su identidad sin ánimo de participar en una comercialización de la misma, que no desea.

Tampoco es válido, según mi parecer, el argumento que en el caso objeto del litigio la imagen del demandante no era propiamente la de él, sino la de un personaje que él había creado, como argumenta el Ministerio Fiscal al interesar la desestimación de la demanda y no lo creo así en primer lugar porque el Sr. A. A. cuando actuaba en televisión no lo hacía representando un personaje de ficción creado por otro que muchos otros pueden ³⁰⁷, sino que estaba representando en todo caso un personaje creado por él mismo con el que se identificaba y esta faceta de la imagen de sí mismo creada por él era parte de su personalidad, siempre que a través de ella se le pudiera identificar, de tal manera que apropiándose de su creación un tercero se está apropiando también de un bien que pertenece al ámbito más privado de su persona, ya que persona y creación se funden en una misma identidad cuando la persona es famosa. ¿Acaso podríamos decir que se puede utilizar la imagen del Charles Chaplin a través de la figura de Charlot en un anuncio comercial sin que por ello podamos decir que la utilización in consentida de su identidad afecta a los derechos de la personalidad del actor, es decir a su intimidad, o a su fama, o a su deseo de no ser utilizado en ningún caso?. Incluso cuanto un actor representa un personaje de ficción creado por otro, si la identificación entre personaje y persona física es realmente muy fuerte se puede defender que también se ataca al derecho fundamental del artista cuando se utiliza su imagen representando a un personaje, así por ejemplo pienso que sucedería en el caso de Boris Karlof representando a Drácula, ya que es suficiente en

306. CABEZUELO ARENAS, A.L. Comentario a la misma sentencia pág. 789

307. supuesto claramente diferenciado por IGARTUA ARREGUI, F. La apropiación ... op. cit. pág. 43

determinados casos que se ataque al personaje para que se sienta aludida la persona.

Por ello pienso que el actor en el presente procedimiento podía optar por reclamar por violación de su derecho a preservar su imagen, o su intimidad, si con la utilización de su imagen en un contexto comercial se había vulnerado ésta, o su fama, si ella se veía afectada o intentar participar de los beneficios obtenidos sin negarse a la divulgación según considerara oportuno y que ésta demanda debería estimarse aún cuando el anuncio no reprodujera fielmente su fisonomía siempre que se le pudiera identificar por cualquier medio, pero lo que no podía hacer es alegar la violación de un derecho fundamental, ni recurrir al Tribunal Constitucional si no argumentaba claramente la vulneración de este derecho.

3.2. El requisito de reconocibilidad en la violación del derecho de la imagen como intimidad u honor en el de uso comercial de la imagen.

Aquello que resulta indispensable para entender que se está utilizando la imagen de una persona es que ya sea mediante la voz, la figura, las palabras que habitualmente pronuncia, los objetos de los que se rodea, o el lugar en que se encuentra se la pueda reconocer aunque su fisonomía o su nombre no se reproduzcan ³⁰⁸, es decir para que pueda hablarse de apropiación de la imagen deben tenerse en cuenta los criterios de individualidad, identidad y reconocibilidad ³⁰⁹, ya que la imagen individualiza a una persona, identifica a aquel a quien corresponde siempre que por los elementos empleados su titular sea reconocible por terceros, aunque el Tribunal Federal Alemán entiende que no es necesario que terceras personas identifiquen al titular de la imagen mientras ella misma pueda reconocerse ³¹⁰. En este punto podría evidentemente discutirse por cuantas personas debe ser reconocida la imagen para que, se cumpla este requisito, pero en el caso que estudiamos parece claro que la indumentaria del dibujo permitía a gran número de personas reconocer al actor, ya que como se admite repetidamente si no era la persona más famosa de España, sí era una de las famosas, ya que protagonizaba un programa de gran audiencia en la televisión. En el caso objeto del presente litigio se podía identificar al actor mediante tres indicios: en primer lugar mediante su indumentaria, no es habitual que una persona se vista con un pantalón oscuro de vestir en unas zapatillas de deporte blancas y esta situación se daba tanto en el anuncio como en el programa de televisión que protagonizaba el actor, en segundo lugar en el anuncio se incluía un

³⁰⁸. Ver en este sentido IGUARTUA ARREGUI, F. op. cit. pag. 22.

³⁰⁹. AZURMENDI ADARRAGA, A. El derecho ... op cit. págs. 26 a 29

³¹⁰. *ibidem* págs. 22 y 23 y nota 3

mensaje que decía “la persona más famosa de España está dejando de decir me huelen los pies” y el actor, si no era la persona más famosa de España era indudablemente una persona muy famosa en aquel momento y en tercer lugar había grabado un disco con el título “me huelen los pies”, razón por la que, le sonara o no al tribunal esta frase, era evidente que al público en general la había de relacionar con el actor. Por esta razón cabe entender que los autores del anuncio no sólo intentaban que el público relacionara la figura que en él aparecía con el actor aprovechando su fama, sino que además se aseguraron de que se estableciera esta relación con todos los elementos que pudieran sugerir esta identificación.

Por todo ello entiendo que lo que se protege es la identidad personal siempre que pueda ser reconocida por un tercero en este sentido cabría hablar como ya se postula de derecho a la identidad personal ³¹¹ en lugar de referirse al derecho a la imagen.

4. Conclusión

En el supuesto objeto de este litigio entiendo que el demandante podía solicitar tanto la protección de un derecho fundamental a fin de evitar la divulgación de su imagen, como el reconocimiento de la apropiación por el demandado del valor comercial de su imagen, porque dados los hechos podía optar por cualquiera de las dos acciones. Considero también que, tanto si nos atenemos a un concepto estricto de imagen, como si defendemos un concepto más amplio, equiparable al de identidad de la persona, el demandante podía también reclamar la protección de los tribunales, tanto si pretendía defender un derecho fundamental como un derecho patrimonial, ya que para que exista vulneración de estos derechos es indiferente que la reproducción consista en un dibujo o en una fotografía. Igualmente estimo que en el dibujo se podía apreciar una figura aunque fuera incompleta que permitía la identificación del actor mediante otros elementos como eran lo inapropiado de llevar pantalones de vestir con zapatillas deportivas, las palabras referidas al olor de los pies o incluso la referencia a la fama del actor, siendo indiferente que la imagen de la que se apropiaban fuera la del actor caracterizado tal como actuaba en la televisión, ya que la identificación entre el personaje y el actor era total. De tal manera que considero que el factor que explica la desestimación del recurso de amparo es la poca claridad de la demanda que permite que el Tribunal Constitucional interprete que lo que defiende el actor es su derecho a participar en la explotación comercial de su imagen y no un derecho fundamental y que en este caso sería incongruente otorgar una indemnización por la divulgación inconsentida de la imagen cuando lo que el demandante pretende es participar en su explotación comercial.

311. Así HERRERO-TEJEDOR, F. La intimidad como derecho fundamental. Colex. Madrid 1998, pág 185 e igualmente señala IGARTUA ARREGUI, F. que ésta es la postura de los tribunales norteamericanos

5. BIBLIOGRAFIA

AMAT LLARI, E., El Derecho a la propia imagen y su valor publicitario. Editorial La Ley, Madrid, 1992.

AZURMENDI ASARRAGA, A. El Derecho ala Propia Imagen, civitas, Madrid, 1997.

BUSTOS PUECHE, José Enrique. Los límites de los derechos de libre expresión e información según la jurisprudencia.

GARCIA SAN MIGUEL, L. reflexiones sobre intimidad como límite a la libertad de expresión.

- IGARTUA ARREGUI, F. La aprobación Comercial de la Imagen y del nombre ajeno Tecnos. Madrid, 1997

- IGARTUA ARREGUI, F.

PROSSER AND KEATON, The law of Torts. sant Paul Min. West 1984.

ROVIRA SUEIRO, M. E. El derecho a la propia imagen, Granada, 2000.

8. EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD Y EL

SUMARIO

1. INTRODUCCION. 2. ALCANCE DEL PRINCIPIO DE LA LEGALIDAD TRIBUTARIA. 3. ALCANCE RELATIVO DE LA RESERVA DE LEY. 4. BIBLIOGRAFIA

1.- INTRODUCCION

Como ha escrito RODRIGUEZ BEREIJO el principio de legalidad es el principio básico del Estado de Derecho. “En su formulación más genérica –escribe el citado autor- constituye la plasmación jurídica del principio político del imperio o primacía de la ley, expresión de la voluntad general a través del órgano titular de la soberanía, el pueblo representado en el Parlamento ³¹².

En este sentido es expresión o se traduce en una norma sobre la producción normativa, es decir, en una manera de configurar las formas de producción del derecho que, claro está, sólo es eficaz en la medida en que se constituya un vínculo para quién debe emanar su máxima expresión, la ley; por lo tanto sólo es eficaz si vincula al legislador, y esta forma de operar se consigue exclusivamente incorporándola al texto constitucional y sometiendo su control a un órgano jurisdiccional pensado para realizar esa función, es decir, a un tribunal constitucional que garantice su cumplimiento³¹³.

Pues bien, partiendo de esta básica afirmación, hay que detenerse en las cuestiones que se plantean cuando ese principio se aplica a una realidad concreta: la realidad tributaria. ¿Qué significa el principio de legalidad tributaria? Pues sencillamente que sólo la ley puede regular la existencia y régimen jurídico de un tributo, es decir, que sólo al legislador corresponde la articulación de los tributos y de las relaciones jurídicas en que esos tributos se articulan.

En su origen, el principio de legalidad tributaria es expresión del más antiguo principio político de la autoimposición o del consentimiento de los impuestos por los representantes de los contribuyentes y cumple una función de garantía individual frente a posibles intromisiones del poder

312. RODRIGUEZ BEREIJO, A. “Los principios de la imposición en la jurisprudencia constitucional española”, R.E.D.F., nº 100, 1998, P. 593.

313. PEREZ ROYO, F. “Fundamento y ámbito de la reserva de ley en materia tributaria”, H.P.E., nº 14, 1972, p. 207 y ss.

público en el ámbito de la libertad individual³¹⁴. Pero también quiere decir que si todos contribuyen al sostenimiento del gasto público, también todos deben ser los artífices de la manera en que esa contribución se plantea, con lo cual es fundamento, asimismo, del principio de legalidad el interés colectivo, garantía de la colectividad, en que sea el órgano que mejor garantiza la composición de intereses, la participación de todos en las decisiones que afectan a la contribución, quién decida acerca de la existencia y articulación del sistema tributario CUBERO TRUYO, A. "La doble relatividad de la reserva de la ley en materia tributaria",³¹⁵.

Garantía colectiva y garantía individual forman parte, así, del fundamento del principio de legalidad tributaria. Pero hay que matizar alguna de las afirmaciones realizadas hasta este momento: si el principio de legalidad tuviera como único fundamento la garantía individual, la garantía de autoimposición, no podría explicarse que, en general, las Constituciones, luego de reconocer potestad para establecer tributos a los Municipios, exijan que el ejercicio de esa potestad se realice en la ley o de acuerdo con la ley, porque también los Municipios gozan de un grado de representatividad democrática idéntica al de las asambleas legislativas o parlamentos.

Siendo ésto así, no parece necesaria la intervención de la ley si con ello sólo se pretendiera asegurar la participación de los representantes de los ciudadanos en el establecimiento de tributos, como garantía individual, porque los Municipios son ya representativos y nada añadiría la ley como plus de representatividad³¹⁶.

Y es que en la base del principio de legalidad se encuentra la garantía de igualdad de la posición jurídica básica de todos los contribuyentes y la preservación de la unidad del ordenamiento jurídico y, en consecuencia, ante la atribución de potestad tributaria a entes territoriales dotados de autonomía o de una cierta autonomía, el principio de legalidad cumple una función no sólo de garantía individual y colectiva en el sentido ya mencionado sino también de relación entre ordenamientos, o entre entes dotados con poder tributario, atribuyéndole a la ley, como expresión máxima de la voluntad general, esa función de garantía de la igualdad en la posición básica de todos los contribuyentes en el cumplimiento de sus deberes tributarios y, en consecuencia, de la unidad del ordenamiento³¹⁷.

A este doble fundamento debe añadirse, además, un tercero que está ínsito en la idea de legalidad cual es la seguridad jurídica, y no sólo vinculada a la idea de certeza del derecho, del saber a qué atenerse sino también a la idea de estabilidad que confiere a la ley su posición de fuente

314. *Ibidem*, pag. 209 y ss.

315. CUBERO TRUYO, A. "La doble relatividad de la reserva de la ley en materia tributaria", R.E.D.F., nº 109-110, 2001, p. 219; PEREZ ROYO, F.ob.cit. p. 214 y ss.

316. Así se ha pronunciado la doctrina al analizar esta cuestión. Pueden verse, por todos, los autores citados en las notas anteriores.

317. ARIAS ABELLAN, M.D. "Las competencias autonómicas para configurar el sistema tributario de los Entes Locales", pendiente de publicación, p.

primaria del derecho ³¹⁸.

De manera que, de un lado, el principio de legalidad cumple, no sólo la función de articulación entre normas, es decir, entre ley-reglamento, sino que, de otro, también la función de regular las relaciones entre sistemas tributarios, cumpliendo así un papel decisivo en la articulación territorial del poder tributario, de la potestad para establecer los tributos, sobre la base de la igualdad y unidad del ordenamiento que implica, asimismo, seguridad jurídica.

Llegados a este punto y conociendo ya, siquiera sea someramente, el fundamento del principio que se analiza, es decir, el de legalidad tributaria, hay que concretar qué significa que el tributo deber ser establecido en la ley o, por plantearlo de otra manera, hasta dónde debe llegar el legislador en el citado establecimiento de tributos. Para ello es necesario dedicarse, aunque sea brevemente, a concretar que se entiende por tributo y por qué se habla de sistema tributario.

2.- ALCANCE DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD TRIBUTARIA

Antes de entrar en el análisis de esas cuestiones debe, pues, afirmarse que, sin lugar a dudas, los tributos deben establecerse en la ley y sólo en la ley porque es ella la forma idónea para garantizar no sólo la libertad y propiedad individuales sino también, y sobretudo, la democracia en los procedimientos para su adopción.

Así la Constitución salvadoreña dispone, de forma indubitada, en el Art. 231 que: "No pueden imponerse contribuciones sino en virtud de una ley y para el servicio público", completando, además, este precepto el Art. 131.6 en donde se atribuye a la Asamblea legislativa: "Decretar impuestos, tasas y demás contribuciones sobre toda clase de bienes, servicios e ingresos en relación equitativa".

Haciéndose eco de esta exigencia de legalidad ordena que los tributos deben establecerse, fijarse en la ley y exclusivamente en la ley sin que quepan remisiones a normas secundarias cuando se trata del establecimiento de tributos. Principio de legalidad en materia tributaria que vincula a todos los poderes públicos y que persigue, precisamente, excluir, para ciertas materias, la posibilidad de normación por vía distinta de la legislativa porque se trata, ya se ha dicho, de un instituto de carácter constitucional que constituye el eje de las relaciones entre el legislativo y el ejecutivo en lo referente a producción de normas, de tal manera que, cuando se trata de materias reservadas a la ley, en particular el establecimiento de tributos, no sólo constituye un límite para el ejercicio del poder reglamentario sino también un límite para el legislativo que no puede dejar de respetarlo en los términos fijados en la Constitución.

318. CUBERO TRUYO, A. , ob.cit., p. 223.

Partiendo, así, de estas afirmaciones previas hay que concretar, seguidamente, qué se entiende por establecer los tributos pues sólo así podrá determinarse cuando el legislador ha respetado el mandato constitucional. Se trata, en definitiva, de fijar el alcance del principio de legalidad tributaria y, para ello, hay que delimitar, como ya se ha dicho, qué se entiende por tributo y qué sea un sistema tributario.

Pues bien, respecto de la primera cuestión, puede afirmarse que un tributo es una prestación patrimonial, una detracción de riqueza, que se establece unilateralmente, es decir, coactivamente y cuya razón o fundamento es contributiva, o sea, que tiene como finalidad la contribución al sostenimiento del gasto público. Coactividad en el establecimiento y financiación del gasto público, constituyen, así, los elementos que permiten delimitar lo que es un tributo ³¹⁹ en el que se recoge una abundante bibliografía sobre esta cuestión.. Pero es que, adentrándonos ahora en la segunda cuestión planteada, esa contribución no se realiza a través de un solo tributo sino a través de un sistema de tributos, de un sistema tributario que incluye en su seno distintas categorías e, incluso, dentro de ellas, diversas clasificaciones. Por eso se habla de principio de legalidad y sistema tributario porque son varias las clases de tributos y, dentro de ellas, varias las clasificaciones.

Así, la propia Constitución salvadoreña dispone las clases de tributos que luego se desarrollan en el Código Tributario salvadoreño, distinguiendo entre impuestos, tasas y contribuciones especiales configurándolos de acuerdo con la distinta estructura interna de su hecho generador o imponible tal y como se reconoce en los Arts. 12, 13, 14 y 15 del citado Código. Es decir, existe una categoría jurídica, el tributo, que se clasifica en otras tantas categorías, con lo cual cabe hablar de sistema tributario englobando en su seno a todas ellas.

Partiendo, pues, de esta premisa debe plantearse; ¿hasta donde debe llegar la ley en el establecimiento y configuración de ese sistema tributario?. Pues bien, una interpretación literal de los preceptos constitucionales transcritos llevaría a admitir que la ley puede limitarse a crear el tributo, el sistema tributario, dejando la regulación del mismo a fuentes secundarias. Esta interpretación, naturalmente, no puede ser admitida porque conduce al absurdo.

Sin embargo, está claro también que no toda la disciplina relativa a los tributos debe ser establecida por ley; es decir, existe una materia tributaria que no está sometida, en sentido estricto, al principio de legalidad tributaria, sino solamente al principio general de legalidad de la actividad o de la función administrativa o, por decirlo con palabras de PEREZ ROYO, la intervención de la ley "es necesaria en relación con todos aquellos puntos

319. Puede verse sobre esta cuestión LOZANO SERRANO, C. "Calificación como tributos o prestaciones patrimoniales públicas de los ingresos por prestaciones de servicios" REDF, nº 116, 2002, p. 611 y ss., en el que se recoge una abundante bibliografía sobre esta cuestión

de la disciplina del tributo que afectan a lo que podríamos llamar el estatuto del contribuyente, a sus derechos y garantías frente a la Hacienda Pública, de manera especial en aquellos puntos que imponen una limitación de estos derechos, de conformidad, por otra parte, con el principio de legalidad de la actividad administrativa³²⁰.

En este sentido es en el que debe estimarse el alcance relativo del principio de legalidad tributaria porque no está reservada a la ley la regulación de toda la materia tributaria, pero dentro de este ámbito reservado el legislador debe intervenir necesariamente pues de lo contrario sería vaciar de contenido el mandato constitucional.

Parece claro que la ley debe establecer el tributo, es decir, se necesita la intervención del legislador para crear un tributo, un sistema tributario, con lo cual los problemas se trasladan en la determinación de qué debe entenderse por establecer, por crear un tributo o un sistema tributario. El criterio para concretar qué elementos del régimen jurídico del tributo deben ser regulados en la ley debe ajustarse necesariamente a las exigencias que fundamentan el principio de legalidad.

Puede, así, afirmarse que la función de garantía individual y colectiva, así como la seguridad jurídica implícita determina que únicamente los aspectos del régimen de los tributos que afecten a esas funciones deben entenderse cubiertos por ese principio y, en consecuencia, sólo la ley puede establecerlos y regularlos. De manera que el principio de legalidad tributaria cubre todos aquellos elementos que afectan a la identidad o a la entidad de la prestación tributaria.

Es decir, la ley debe determinar qué categorías de ciudadanos y en razón de qué presupuestos de hecho van a pagar el tributo; así como cuanto van a pagar. De acuerdo con ello aparece comprendida bajo la protección de la reserva de ley el hecho generador o imponible, las exenciones y el sujeto pasivo, de un lado (se trata de los elementos que identifican a un tributo) y la base imponible y el tipo impositivo, de otro (se trata de los elementos referentes a la entidad de la prestación). Sin que quepa, respecto de estas materias, la posibilidad de establecimiento en normas secundarias. Porqué se paga, quién paga y cuánto se paga se convierten, así, en lo mínimo y necesario que debe estar siempre regulado en el plano o nivel de la ley, deben establecerse en virtud o de acuerdo con una ley. Sólo así se da exacto cumplimiento al mandato constitucional que exige ley en el establecimiento de los tributos cuyo conjunto forma lo que se denomina sistema tributario.

Porque la Constitución dispone, como reverso del deber de contribuir, el derecho del ciudadano a hacerlo sólo mediante prestaciones pecuniarias que hayan sido establecidas previamente en la ley sin que quepan

320. PEREZ ROYO, F. "Derecho financiero y tributario. Parte General", Civitas, 2002, p. 44-45.

regulaciones normativas insuficientes ni remisiones reglamentarias excesivas³²¹. En definitiva, pues, deben establecerse y regularse, en todo caso, en la ley los elementos que identifican y cuantifican las prestaciones patrimoniales coactivas denominadas tributos pues sólo así quedará a salvo el mandato constitucional que, claro está, vincula en primer lugar al legislador que no puede hacer dejación de sus funciones tal y como, por lo demás, disponen los preceptos constitucionales anteriormente transcritos.

Ahora bien, es cierto que el alcance y valor que en materia tributaria ha de atribuirse a la reserva de la ley debe entenderse como relativa y permite, por tanto, la acción de desarrollo por parte del reglamento. Claro está siempre subordinado a la ley a la que, como ya se ha escrito, corresponde establecer los elementos esenciales del tributo, sin que quepa en ningún caso una remisión en blanco al correspondiente reglamento, lo cual no significa que quepa una remisión delimitada pero excesiva, puesto que, en ese supuesto, se estaría provocando una degradación de la reserva formulada por la Constitución a favor del legislador.

Derivado de la conexión constitucional entre contribución y legalidad, existe el derecho del contribuyente a contribuir a través de un tributo establecido por la ley o, si se prefiere, el derecho del contribuyente a un tributo legal respecto de su identidad y su entidad o cuantía. Quiere decirse que el grado de concreción exigible a la ley es máximo cuando se trata de los elementos que identifican y cuantifican el tributo porque lo contrario traería consigo la libertad de configuración de la reserva por parte del legislador al desvincularse de datos objetivos y constatables entre los que se encuentra la esencialidad de los elementos determinantes de la identidad del tributo y de la entidad de la prestación.

Si la concreción exigible a la ley está en función de circunstancias heterogéneas como pueden ser las basadas en criterios de oportunidad y si dependen exclusivamente de la configuración normativa que haga el legislador, la conclusión es que la modulación de las exigencias constitucionales de la reserva de ley quedará, en cada caso concreto, a merced del libre arbitrio del legislador, pues al determinar éste el grado de esa heterogeneidad, estará al mismo tiempo predeterminando el grado de concreción exigido a la ley.

Por flexible que pueda ser la configuración constitucional de la reserva de ley en materia tributaria, su carácter relativo nunca podrá amparar remisiones al reglamento para que éste decida sobre los elementos esenciales del tributo, en función sólo de razones de oportunidad absolutamente incontrolables y reñidas, en consecuencia, con la dosis de seguridad jurídica, certeza y precisibilidad incorporados a la reserva de ley, singularmente exigibles en este sector del ordenamiento.

321. CASADO OLLERO, G. "Prólogo a la obra de ALONSO GONZALEZ. Jurisprudencia constitucional tributaria", Marcial Pons, 1993, p. 13 y ss.

3.- ALCANCE RELATIVO DE LA RESERVA DE LEY

Aclarado, así, que es lo que debe estar en la ley, hay que concretar hasta donde debe llegar el legislador cuando establece un tributo. Es decir hay que matizar si la ley debe agotar todo el régimen de los elementos esenciales a los que se ha hecho referencia o, por el contrario, es suficiente con que se limite al establecimiento y esencial configuración de los mismos. Debe observarse que se habla de tributo y no de sistema tributario y es que, aunque se contribuye a través de un sistema tributario, la ley es necesaria no para establecer lo básico del sistema y su esencial configuración sino para establecer y configurar todos y cada uno de los tributos que forman el mencionado sistema.

La ley debe establecer el impuesto, la tasa y la contribución especial individualmente considerados pero puede hacerlo sin necesidad de agotar el total régimen jurídico, pudiendo reclamar la colaboración reglamentaria por motivos técnicos y siempre que esa colaboración se produzca en términos de subordinación, desarrollo y complementariedad. De manera que el régimen jurídico de todas las obligaciones a través de las cuales se sustancia el tributo deben estar establecidas en la ley de tal forma que el que deba pagarlo encuentre en ella el porqué paga y el cuanto paga, que en eso se concretan los elementos que identifican y cuantifican el tributo.

Sin olvidar, claro está, que también queda bajo el imperio de la ley, el régimen jurídico de todos los procedimientos administrativos a través de los cuales Administración y contribuyentes aplican las citadas obligaciones tributarias, incluyéndose en la ley todas las obligaciones formales o accesorias que permiten esa aplicación y el reconocimiento de los derechos y garantías de los contribuyentes en el curso de tales procedimientos y en sus relaciones con la Administración tributaria. No puede olvidarse, además, que esta última está sujeta en toda su actuación a la ley y que sólo ésta, como norma primaria, puede apoderarla para ejercer sus potestades de aplicación del ordenamiento y, en particular, del ordenamiento tributario³²².

De manera que, principio de legalidad general que alcanza, así, al régimen de las obligaciones tributarias, sustantivas y formales, y a los procedimientos administrativos para su aplicación.

Ahora bien, la reserva de ley no abarca por igual a toda la materia tributaria protegida por la ley. En efecto, una de las cuestiones debatidas, y que ya ha sido apuntada, se refiere al ámbito de intervención del legislador precisamente en esa materia reservada, es decir, si debe el legislador intervenir con idéntica intensidad respecto de todos los tributos y respecto

322. CUBERO TRUYO, A., ob. cit., p. 235

de todos los elementos que identifican y cuantifican el tributo o, mejor, cada uno de los tributos. Se está planteando la posibilidad de si el legislador, incluso cuando se trata de esos elementos esenciales, debe agotar totalmente su régimen jurídico o, por el contrario, la reserva de ley no exige ese tipo de intervención.

Se habla de una reserva flexible o modulable que requiere la intervención necesaria de la ley aunque la amplitud de la misma pueda variar en función de diversos factores. Se ha escrito, así, que la reserva de ley no afecta por igual a toda la materia tributaria³²³.

En primer lugar, la modulación de la reserva de ley sería admisible no por la naturaleza o la delimitación de un elemento tributario concreto, por ejemplo el tipo de gravamen, sino por la precisa observancia de otros principios constitucionales, siendo estos últimos los que permitirían un menor grado de concreción en la ley justamente para garantizar la subsistencia equilibrada de dos principios constitucionales que han de respetarse en la regulación de los recursos tributarios: legalidad tributaria, de un lado, principio constitucional formalmente establecido, de otro.

Es decir, la remisión a una fuente secundaria de la fijación de un elemento esencial del tributo o su modificación, sólo estaría justificada para coordinar las exigencias del principio de legalidad con otros principios constitucionales. Es lo que ocurre con el sistema de tributos de los Municipios. En efecto, cuando la Constitución reconoce la posibilidad de establecer tributos a los Municipios, al tiempo que establece la autonomía de los mismos, es necesario coordinar las exigencias del principio de legalidad con ese doble reconocimiento de manera que ambos puedan integrarse porque ambos están expresamente establecidos en el texto constitucional. En este supuesto, el alcance de la reserva de ley debe ser más flexible por la necesidad de despliegue de la autonomía y de la potestad tributaria municipal reconocidas constitucionalmente. Y, además, porque en este caso parece innecesario usar de la garantía de autoimposición que, en parte, fundamenta a la reserva de ley³²⁴.

En efecto, la exigencia de legalidad extrema en materia de tributos locales terminaría anulando un principio constitucionalmente reconocido, cual es el de autonomía, y la potestad tributaria también reconocida. Para que eso no ocurra, puesto que sería contrario a la Constitución, hay que interpretar equilibradamente las dos reglas que están en aparente contradicción, de manera que la intervención necesaria del legislador en el ámbito tributario municipal no debe articularse de manera que deje en una situación de vacío al ente que tiene atribuida autonomía y potestad

323. *Ibidem*, p. 245É; PEREZ ROYO, F. "Derecho Financiero y Tributario. Parte general", ob. cit. p. 45 y ss.

324. Así el Art. 203 de la Constitución salvadoreña dispone que: "Los municipios serán autónomos en lo económico, en lo técnico y en lo administrativo..."; por su parte el Art. 204 establece que: "La autonomía del municipio comprende: 1º) Crear, modificar y suprimir tasas y contribuciones públicas para la realización de obras determinadas dentro de los límites que una ley general establezca... 6º) Elaborar sus tarifas de impuestos y las reformas a las mismas, para proponerlas como ley a la Asamblea legislativa". Por último, el Art. 133 reconoce iniciativa legislativa a: "4º Los Consejos Municipales en materia de impuestos municipales".

tributaria respecto de las posibilidades que la Constitución les atribuye, de un lado, en relación con los impuestos y, de otro lado, respecto de las tasas y las contribuciones especiales.

Cumple aquí el principio de legalidad no tanto una garantía de autoimposición, sino más bien garantía de la posición jurídica básica de todos los contribuyentes y de la preservación de la unidad del ordenamiento tributario que se configura a través de un sistema tributario doble: el estatal y el municipal.

En consecuencia, la ley debe procurar el ejercicio de la potestad tributaria de los municipios que se traduce en un sistema de impuestos, tasas y contribuciones especiales con el que debe contar para el cumplimiento de sus competencias en régimen de autonomía, es decir, dejando un espacio a la configuración propia de su sistema tributario aunque sin llegar a un grado tal que anule esa garantía de igualdad y unidad del sistema que está en la base de la legalidad tributaria al constituir su fundamento.

Por lo demás, tal y como se desprende de los preceptos constitucionales transcritos en nota, el municipio, en el sistema salvadoreño, tiene reconocida expresamente la autonomía tributaria respecto de impuestos, tasas y contribuciones especiales fijando incluso que respecto de los primeros alcanza a las tarifas, es decir, los tipos impositivos, elemento esencial que permite cuantificar la prestación debida, reconociéndole iniciativa legislativa, es decir, un elemento esencial se establece en la ley pero en esta materia es el municipio quién propone al legislativo ese elemento, lo cual significa un cierto reconocimiento a la intervención de un ente público que no tiene capacidad legislativa aunque, claro está, quien lo establezca sea la ley, sea el legislador. Asimismo, debe observarse que el texto constitucional reconoce la existencia de impuestos locales y, en consecuencia, el legislador no puede disponer de esa norma, no puede hacer dejación del mandato constitucional debiendo establecer un sistema local de impuestos en cuyo régimen de cuantificación debe intervenir necesariamente el municipio aunque sólo sea de forma indirecta. Por el contrario, cuando se trata de tasas y contribuciones especiales la intervención del municipio puede ser mayor en la medida en que la norma constitucional dispone que el establecimiento y régimen jurídico de esos tributos compete a ese ente público siempre que actúe de acuerdo con la ley, pero lo que no puede hacer esa ley general a la que llama la norma constitucional es vaciar de contenido el previo reconocimiento respecto de esos tributos, con lo cual debe configurarlos en su esencial régimen jurídico pero deber permitir al mismo tiempo que se complete el mismo a través de las normas jurídicas secundarias, ordenanzas, que puede emanar el municipio de acuerdo con la Constitución. Se comprenden así las exigencias de coordinación de las reglas constitucionales: legalidad tributaria y

autonomía y potestad tributaria.

De manera que, cuando se trata de tributos municipales, se da forma a lo que, con palabras de CASADO OLLERO, constituye “un último aspecto o perspectiva de la legalidad tributaria como principio regulador no sólo de relaciones interorgánicas entre el Legislativo y el Ejecutivo de un mismo ente, sino también de relaciones intersubjetivas ad extra, entre los diferentes entes públicos territoriales dotados de poder y competencias constitucionales tributarias”³²⁵

En segundo lugar, la reserva de ley, dentro de la potestad tributaria atribuida a un ente público, presenta un alcance diferente respecto de las distintas categorías tributarias, es decir, el legislador no tiene que intervenir de forma igual se trate de un impuesto, una tasa o una contribución especial.

Lo que quiere decirse es que la reserva de ley es también flexible cuando se trata de un sistema tributario que incluye diferentes categorías aunque se trate del mismo sistema. Como ya se ha dicho hay tres clases de tributos cuya distinción, por mandato legal, se refiere a la distinta estructura de su hecho generador o hecho imponible. Así, en los impuestos ese hecho imponible está de tal forma estructurado que, para su realización, no se requiere intervención de la Administración. De forma que los impuestos deben pagarse por la realización de un hecho generador previsto en la ley en cuya efectividad sólo interviene el sujeto pasivo, es decir, por la sola conducta del sujeto que coincide con la prevista por el legislador; por el contrario, en la contribución especial su hecho generador o imponible sólo se realiza cuando hay una actividad de la Administración que coincide con la prevista en la ley y al margen de la conducta del sujeto pasivo; por último, en la tasa su hecho imponible está de tal forma configurado que para que se entienda realizado, se requiere la intervención de la Administración y una conducta activa del sujeto pasivo coincidentes ambas con el hecho tipificado en la ley³²⁶.

Pues bien, partiendo de la diferente estructura interna del hecho imponible, que es el elemento esencial del tributo al que se asigna, entre otras, la función de distinguir las categorías tributarias, se ha puesto de manifiesto que el grado de coactividad del tributo es pleno en los impuestos y quizás en las contribuciones especiales porque es menor o nula la libre decisión otorgada al contribuyente y, en consecuencia, la participación o intervención de los representantes expresada en la ley debe ser mayor. Por el contrario, en las tasas, es mayor la libertad de decisión del sujeto pasivo, su papel es más activo y, por eso, la función garantista de la ley cede en intensidad. Y es que si es la coactividad la nota que determina la sujeción al principio de legalidad a menor coactividad menor necesidad de

325. CASADO OLLERO, G. “Prólogo...” ob. cit. p. 18. Puede verse, asimismo, CUBERO TRUYO, A. “La doble relatividad...” ob. cit. p. 246 y ss.

326. Sobre las clases de tributos y su definición puede verse Cortés Domínguez, M.- Martín Delgado, J.M. “Ordenamiento tributario español,” I, Civitas, 1977, p. 161 y ss.

intervención.

Así, se ha entendido que en las tasas la necesaria concurrencia de actividad de la Administración y de actividad del sujeto pasivo denota una cierta bilateralidad que significa menor coactividad; existe un principio de equivalencia, se sigue entendiendo, que aunque en ningún caso refleja un acuerdo de voluntades, o sea, voluntariedad, si permite que la colaboración del reglamento pueda ser más intensa que en los tributos en los que no cabe hablar de equivalencia alguna. Esto no quiere decir que en estos casos se esté ante una obligación voluntaria, por el contrario, siempre se trata de una obligación establecida unilateralmente pero en la que se manifiesta esa equivalencia en la medida en que hay una actividad administrativa ³²⁷.

Pues bien, sin negarle validez a este argumento que puede encontrar apoyo en las definiciones legales de las categorías tributarias en las que se menciona el término “contraprestación” cuando se trata de tasas y contribuciones especiales frente a la ausencia del término respecto de los impuestos, hay que señalar que la coactividad no se predica de la realización del hecho imponible o hecho generador sino de la consecuencia jurídica, es decir, del nacimiento de la obligación tributaria. En puridad, ninguna coactividad existe en la realización de los hechos generadores o imposables en las distintas categorías tributarias, pero cuando se realizan nace la obligación de satisfacer el tributo al margen de la voluntad del sujeto.

Lo único que el legislador establece es la diversa estructura interna de ese hecho imponible que, en ningún caso, es de realización coactiva y ello al margen de que la estructura esté configurada de tal forma que exista una actividad administrativa vinculada a una provocación, más o menos intensa, de un sujeto, Así se ha escrito que “cualquier prestación jurídica, en cualquier rama del Derecho, se define e identifica por su objeto y contenido, por su finalidad y por la fuente que la genera y configura, que puede ser la voluntad, pero que en el caso de obligaciones legales será la propia ley, que la dispone como consecuencia obligada del presupuesto de hecho abstracto descrito por la norma” ³²⁸.

Quiere con ello decirse que hay que distinguir entre coactividad de la prestación y coactividad del presupuesto del hecho que la genera, siendo la primera de ellas la que determina la exigencia de intervención legal de acuerdo con el principio de legalidad tributaria. Parece evidente, por lo demás, que si se tratara de coactividad en la realización del presupuesto de hecho imponible, ningún impuesto estaría dentro del ámbito del mencionado principio porque ninguno hay de realización obligatoria y, sin embargo, es la categoría tributaria en la que se manifiesta de forma más clara y contundente esa coactividad.

³²⁷. Véase, en este sentido, Cubero Truyo, A. «La doble relatividad ...É», ob.cit. p. 254 y ss.

³²⁸. Lozano Serraco, C. “Calificación como tributosÉ”, ob. citÉ; p. 631-632.

Lo que ocurre es que se pone el acento en la intervención del sujeto dentro de la estructura interna del hecho imponible vinculada a la realización de una actividad administrativa. Cuando lo relevante no es si esa actividad administrativa es de libre recepción por el sujeto que directa o indirectamente la provoca sino si su voluntad se dirige a provocar el nacimiento de la prestación, o “por el contrario, ésta surge independientemente de su voluntad, como consecuencia legal impuesta a una determinada actuación por su parte, concretamente, la solicitud o recepción del servicio o la actividad. Pues en tales casos, no puede considerarse que la prestación tenga su fuente en un acuerdo de voluntades, por mucho que jurídicamente se haya configurado como precio de un contrato no obligatorio, sino que debe entenderse nacida por imposición de la ley”³²⁹.

Siendo esto así, no cabe la menor duda de que también cuando se trata de tasas, éstas deben ser establecidas por el legislador y regulado su régimen jurídico en sus aspectos esenciales como cualquier otra categoría tributaria pues no es suficiente la diferente estructura jurídica del hecho imponible para concluir que exista una menor coactividad y, en consecuencia, una menor intervención del legislador.

Ahora bien, es cierto que la distinta configuración interna del hecho imponible o generador puede tener relevancia a la hora de determinar el alcance que deba darse a esa intervención legislativa, pudiéndose, así, modular la reserva de ley en función de esa estructura. Y es que, jurídicamente, el concepto de tasa se encuentra en la estructura de su hecho imponible, el cual incluye como elemento central la efectiva prestación de una actividad administrativa que, normalmente, se concreta en la prestación de un servicio público y, además, el concepto de tasa se relaciona con la financiación del coste de dicho servicio, con lo cual parece que esa configuración del hecho imponible requiere una intervención legal respecto de las actividades que dan lugar al nacimiento de la tasa y a su cuantía, pudiendo estar completadas por la norma reglamentaria de acuerdo siempre con la ley, es decir, con pleno sometimiento y subordinación a los casos expresamente previstos en la ley. Debiendo afirmarse que este modo de proceder encaja plenamente dentro del esquema de la reserva relativa de ley³³⁰. Explicándose, así, por la estructura del hecho imponible la posible intervención de la norma reglamentaria respecto de los elementos esenciales del tributo.

Ninguna duda cabe respecto de esta afirmación, cuando se trata de tasas municipales en las que se acumula este factor, es decir, la distinta configuración del hecho imponible y su relación con la cuantía, con el que se ha tratado anteriormente, o sea, el que se relaciona con la necesidad

329. *Ibidem*, p. 633.

330. Pérez Royo, F. “Derecho Financiero y Tributario ...”; *ob. cit.*É; p. 115.

de ejercicio autónomo de la potestad tributaria atribuida a los municipios en la Constitución. Se trata, en definitiva, de coordinar la necesaria aplicación de otros principios o reglas constitucionales de obligado cumplimiento y vinculación para el legislador que debe, por mandato constitucional, articularlos.

En tercer lugar, la flexibilidad de la reserva de ley puede incidir no sólo respecto de las diversas categorías tributarias que, como se ha visto en la argumentación, puede vincularse a la distinta estructura del presupuesto de hecho o hecho generador, sino también respecto de una sola de ellas en función de los elementos del tributo de que se trate. Así, igual que se ha distinguido entre distintos grados de coactividad y, por ende, distinta intervención de la ley, puede hablarse de distintos grados de esencialidad, lo que conllevaría mayor o menor necesidad de intervención de la ley.

Partiendo de esta afirmación, se ha mantenido que la esencialidad es absoluta cuando se trata de los elementos que identifican al tributo, o sea, el hecho generador o imponible, las exenciones y los sujetos pasivos, negando aquí cualquier intervención reglamentaria que incida ex novo sobre su establecimiento y régimen jurídico. Indicándose, en conexión con esta afirmación, que este es el motivo que justifica, por ejemplo, la imposibilidad de utilizar la analogía, como técnica de integración, cuando se trata de estos elementos ³³¹.

Por el contrario, cuando se trata de los elementos que cuantifican el tributo, en particular, la base imponible, aún siendo un elemento esencial y, por lo tanto, debiendo estar establecido en la ley, puede ésta remitir a un reglamento su concreción siempre que la misma delimite lo esencial y sea necesaria la participación reglamentaria por otras razones o motivos, que el legislador deberá ponderar en todo caso, por ejemplo los motivos técnicos, para no caer en un vaciamiento de la reserva de ley que, al deslegalizar, significaría la existencia de una ley que no habría respetado el mandato constitucional sobre producción normativa en materia tributaria, es decir, el principio de legalidad tributaria.

En concordancia con esta última afirmación no cabe sino traer a este trabajo las palabras del profesor Casado Ollero sobre la necesaria intervención del legislador en todos los elementos esenciales del tributo por cuanto “por flexible ... que pueda ser la configuración constitucional de la reserva de ley en materia tributaria, el carácter relativo de ésta no podrá nunca amparar remisiones al Ejecutivo para que éste decida los elementos esenciales o configuradores del tributo mediante una habilitación indeterminada en el sí, en el cómo y en el cuánto, en función sólo de razones de oportunidad y fines de política económica absolutamente

331. Así se ha pronunciado Cubero Truyo, A “La doble relatividad”; ob. cit. p. 257.

incontrolables, lo que también está reñido con la dosis de seguridad jurídica, certeza y previsibilidad singularmente exigibles en este sector del ordenamiento (S.T.C. 150/1990)³³², pues la predeterminación legal de la prestación tributaria no puede producir un déficit de tipicidad incompatible tanto con las exigencias de legalidad como de la propia seguridad jurídica, que como ya se ha afirmado, constituye, asimismo, fundamento del principio de legalidad y, en particular, del principio de legalidad tributaria.

3. BIBLIOGRAFÍA

ARIAS ABELLAN, M.D. Las Competencias Autonómicas para Configurar el Sistema Tributario, de los entes locales.

CASADO OLLERO, G. Prólogo a la obra de ALONSO GONZALEZ. Jurisprudencia Constitucional Tributaria. Marcial Pons, 1993.

CUBERO TRUYO, A. "La doble relatividad de la reserva de ley en materia Tributaria 2001"

- PEREZ ROYO, F Derecho Financiero y Tributario, Parte General, civitas. 2002

- PERES ROYO, F. Fundamento y ámbito de la reserva de ley en materia Tributaria. 1972

RODRIGUEZ BEREIJO, A. E. Los principios de la imposición en la Jurisprudencia Constitucional Española, 1998.

332. Casado Ollero, G. "Prologo", ob. cit., p. 16-17.

9. MODELO DE JUSTICIA RESTITUTIVA*



AL SOL QUE NACE DE LO ALTO.

SUMARIO

1.INTRODUCCION. 2. LA CRISIS DEL SISTEMA PENAL. 3. LA PARTICIPACION DE LA VICTIMA. 4. EL NUEVO ROL DE LA VICTIMA. 5. LA VISION DE JUSTICIA RESTITUTIVA COMO MEDIO REPARATIVO DEL CONFLICTO. 6. LAS CONSECUENCIAS JURIDICAS DE LA REPARACION DEL DAÑO. 7. LA JUSTICIA RESTITUTIVA(opción de tercera vía?) 8.NUEVAS OPCIONES PARA LA JUSTICIA RESTITUTIVA. 9. CATARSIS.

1. INTRODUCCION.

Las presentes cavilaciones pretenden relacionar una nueva visión sobre la forma de hacer justicia; después de siglos de historia, de adelantos y retrocesos, la sanción penal –penas y medidas de seguridad– como solución ordinaria al etiquetamiento del delito, han demostrado que no son los mecanismos de mayor viabilidad, para hacer frente al fenómeno de la criminalidad, y a una verdadera solución del conflicto penal para los involucrados materiales del mismo; no obstante estos deficits, no creo que en el actual estado de cosas, pueda renunciarse al derecho penal, es por ello, que aunque tales opciones sean “amargamente necesarias”, las mismas deben ser unas vías que se utilicen desde un ámbito mínimo en el funcionamiento de las agencias penales, y únicamente cuando el conflicto por el grado de afectación a los bienes jurídicos del ser humano, sea tan grave en su genero cualitativo que amerite de la necesidad de la sanción penal.

De ahí que, estas reflexiones presentan como marco, a los modelos de justicia restitutiva, bajo el enfoque de una nueva aspiración, para resolver los conflictos que surgen entre los actores sociales; sistema bajo el cual, se pretende renovar una verdadera participación de la víctima e imputado para satisfacer sus propias expectativas, de una forma incluyente para ambos y que realice a su vez la paz social, pero no aquella pretendida paz macroscópica, que por ser tal, es etérea, formando una especie de ~~B~~ ~~B~~ sino la que haga posible la concordia interpartes, es decir, que satisfaga esencialmente a quienes en “carne y hueso”, se han visto enfrentados al conflicto nominado “delito”.

* Carlos Ernesto Sánchez Escobar. Graduado de la Universidad de El Salvador. Especialista en Ciencias Penales de** la Universidad Nacional de Costa Rica y Juez de Sentencia de la República de El Salvador

También se destacará la importancia que el sistema de Naciones Unidas, ha concedido a los sistema de justicia restitutiva, haciendo énfasis en la importancia de que las víctimas del delito y de los abusos de poder, logren efectivamente una reparación a los perjuicios que se les han irrogado, muestra de ello, es la emblemática declaración de "Milán", que representa un compromiso ineludible para garantizar tutela efectiva a los derechos de las víctimas, documento internacional que nuestra República ha suscrito y que tiene –no obstante ser una declaración– positividad para nuestro orden jurídico; y de manera más reciente, este tópico de la justicia reparatoria, ha sido abordado como propuesta para el Décimo Congreso de Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente.

Para finalizar, pretendemos esbozar algunas diferencias esenciales, entre la justicia restitutiva como instrumento de solución de conflictos, y los aportes que se han realizado sobre la reparación como modelo de tercera vía, sin negar que, aunque ambos discursos tienen puntos coincidentes, una consideración absoluta de los fines de la pena, de la cual todavía parece no desprenderse los enfoques que consideran a la reparación como una tercera opción, no son predicables de manera tan incondicional para aquellos sistemas, que impulsan la mediación del conflicto bajo el esquema del consenso de los sujetos materiales del delito, y no bajo la amenaza preventivista a ultranza de la pena, que no puede funcionar de manera imperativa en la solución del conflicto penal, cuando se acude bajo el modelo de justicia restitutiva, ello por que, para éste discurso, el expropiado del conflicto es el Estado y los incluidos son los que cuentan, víctima e imputado, que para favorecer sus intereses es al fin y al cabo, que funciona esa entelequia –el Estado– a quien el ser humano, ha confiado solo parte de sus libertades para alcanzar su realización plena.

I. CRISIS DEL SISTEMA PENAL.

Que el sistema penal enfrenta una severa crisis en cuanto a su funcionalidad y legitimación, es una reflexión que la ciencia penal se hace continuamente, reflejo de ello, es el panorama que se vislumbra en el ámbito de las distintas áreas del sistema punitivo ³³⁴, por ejemplo en el campo del Derecho Penal, la institucionalización de la pena de prisión,

334. En este sentido puede confrontarse CAFFERATA NORES José I. "La víctima del delito" en "Cuestiones Actuales sobre el proceso penal". Editores del Puerto. Buenos Aires. Argentina. Segunda edición actualizado. 1998 p. 290; en la misma línea de ideas BOVINO Alberto "Proceso penal y derechos humanos: la reforma de la administración de la justicia penal" en "Problemas del Derecho Procesal Penal Contemporáneo" Editores del Puerto. Buenos Aires. Argentina. 1998 ps. 3-4; NEUMAN Elías "Mediación y Conciliación Penal" De Palma. Buenos Aires. Argentina. 1997. ps. 12 a 20 y 34 a 37; un estudio interesante sobre la función de la pena y sus fines, desde un plano filosófico jurídico puede verse en PAUL Wolf "Esplendor y miserias de las teorías preventivas de la pena" en AA.VV. "Prevención y Teoría de la Pena". Compilador Juan Bustos Ramírez. Editorial Jurídica Cono Sur. Santiago de Chile. 1995 ps. 59 a 70.

cada vez más es objeto de fundadas críticas, pues su operatividad como mecanismo de prevención –general o especial– ha resultado bastante ineficaz según se indica ³³⁵.

De igual manera, en el ámbito del proceso penal, la duración dilatada de éste, y el abuso en cuanto al funcionamiento de la prisión preventiva (detención provisional) respecto de la situación jurídica de los imputados, que a hasta ese momento se presumen –quizá sólo formalmente– inocentes, han mostrado ser mecanismos deficientes, para resolver los inicios del conflicto penal, la muestras más claras resultan ser la cantidad impresionante de reos sin condena, y la mora de la justicia penal, que deviene en un acumulación de informativos, fomentándose una secuela de dilaciones que postergan la resolución del conflicto ³³⁶; y que inusitadamente, desacreditan al mismo sistema ante la víctima ³³⁷, quien tiene que padecer, e ir presentándose de agencia en agencia –sede policial-sede fiscal-audiencia inicial-actos de instrucción formal-audiencia preliminar y finalmente al debate “si es que llega”– y termina por desencantarse de las supuestas bondades del sistema, por que aún, pretendiendo que se dicte una condena, ello en el común de los casos, no satisface las necesidades reparatorias irrogadas por el delito; esta realidad –podría inferirse– es un mal endémico predicable de la mayoría de sistemas legales en el orbe mundial.

También en el ámbito del derecho penitenciario, la crisis del sistema penal, se refleja en cuanto al fracaso de la pena de prisión, como medida idónea para generar los esperados efectos intimidatorios, aunque en algunos casos inclusive se llegue al abuso del “terror penal” o para alcanzar los fines de la resocialización ³³⁸, por cuanto, a la idea del “tratamiento”, se le distorsiona –aún más– por verdaderas medidas de inoquización del ser humano, o por que no existe, una verdadera política de interés estatal, para prestar tales opciones al recluso, ni siquiera como condiciones mínimas, en contra de lo que se viene predicando de antaño, en las declaraciones de principios sobre el tratamiento de reclusos, las cuales para las agencias del sistema, han sido menos que unas declaradas “buenas intenciones”. Por otra parte, la realidad nos esta demostrando, que ante esa desidia estatal, el sistema carcelario se ha transformado en lo que algunos han llamado “las escuelas del crimen”, súmese a ello el

335. Ver en este sentido. SARRULLE Oscar Emilio “La crisis de Legitimidad del Sistema Jurídico Penal”. Abolicionismo o Justificación. Editorial Universidad. Buenos Aires. Argentina. 1998 ps 29 a 40.

336. Reseñando todas las afectaciones que se generan a partir de las dilaciones indebidas, y como se afecta la tutela de derechos y garantías de justiciable y víctima ver. PRIETO RODRIGUEZ Javier I. “Dilaciones Indebidas y Derecho Penal”. Causas y remedios. Crítica a las soluciones jurisprudenciales arbitrarias. Ediciones AKAL. Madrid. España. 1997 ps 13 a 30.

337. En tal sentido ver. RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ Gabriela “Sociedad, Estado, Víctima y Ofensor”. El orden de los factores ¿altera el producto? En AA. VV. “Resolución Alternativa de los Conflictos Penales”. Mediación de conflicto, pena y consenso. Compilación de Gabriela Rodríguez Fernández. Editores del Puerto. Buenos Aires. Argentina. 2000 ps.23 a 24.

338. Una sinopsis de la crisis de los fines de la pena la resume de manera brillante NINO Luis “Aspectos Críticos de la Realidad Carcelaria” en AA. VV. “Jornadas sobre Sistema Penitenciario y Derechos Humanos”. Editores del Puerto. Buenos Aires. Argentina. 1997 ps. 104 108.

grado de reincidencia en la población carcelaria, y se tendrá una imagen del fracaso actual de la pena privativa de libertad, para afrontar el fenómeno de la criminalidad. Es dable afirmar entonces, que la pena de prisión y la cárcel como medida de respuesta punitiva, no satisface las necesidades de la víctima, a quien su conflicto personal no le es resuelto de manera satisfactoria ³³⁹.

Como se ha indicado ~~esta~~ esta actual crisis de algunos sistemas penales, tiene su explicación en aspectos históricos-políticos, así, las decisiones de potenciar un modelo predominantemente inquisitivo para resolver el conflicto penal, ha erosionado la funcionalidad de dichos sistemas, y no otra situación podía esperarse de unas estructuras que han preconizado: (I) la persecución penal de todo hecho que presenta las características de un delito, sin prever una solución diferente, que la afirmación de la culpabilidad o la renovación del status de inocente después de recorrer el iter del proceso ³⁴⁰; (II) la exclusión de los sujetos materiales del conflicto penal –imputado y víctima– de la resolución del mismo, suplantándola por una relación de poder desproporcional, entre el Estado –sujeto de persecución– e imputado –objeto del proceso– del cual se excluyó de manera radical a la víctima desprotegiéndola ³⁴¹.

La situación anterior, fue creando en la mayoría de los sistemas penales, una reacción de no-credibilidad de parte de los usuarios –incluso permitiendo en ciertos países una vuelta a la venganza privada– y agotados en aquel momento, los esfuerzos de las políticas de “Ley y orden” ³⁴², sin que las mismas pudiesen resolver el problema del fenómeno delictivo, se

339. Sobre el estancamiento de los sistemas preventivos de la pena y su disfunción material para resolver adecuadamente los conflictos penales ver. PETERS Tony, AERSTEN Ivo “Justicia Reparadora”. En búsqueda de nuevos caminos en el trato del delito. Presentación de un proyecto de mediación Traducción de la Escuela Superior de las Ciencias Criminológicas. Las Palmas. Islas de la Gran Canaria. España. 1994 p. 10 y ss.

340. Preocupa sobremanera, que la actual política penal impulsada por el movimiento de la contrarreforma, esta orientada nuevamente a impulsar un rígido principio de legalidad, con bases predominantemente inquisitivas, desde el cual, el conflicto es indisponible para los intervinientes materiales, y debe ser llevado a sus ultimas consecuencias, aunque de estas consecuencias, no se tenga ni por atisbo, un panorama claro de cómo funciona el sistema penal, y cuales son los efectos empíricos que se producen, sobre todo respecto de los intereses de la víctima; la selectividad que marca este esfuerzo, se pone de manifiesto, cuando toda esta política de reducción de los mecanismos alternos al juicio, se agudizan respecto de los delitos en contra de la propiedad, sin distinción alguna, ello indica, el escaso conocimiento de la criminalidad, al momento de impulsar este tipo de “soluciones”, que tienen como fundamento, la difusión mediática de “estamos haciendo algo”, aunque en realidad, no se este haciendo nada más que exasperar el contenido simbólico del derecho penal, y ocultar las realidades verdaderas de la criminalidad.

341. Sobre la forma de exclusión de la víctima desde una perspectiva histórico-política, ver “MAIER Julio B.J. “Derecho Procesal Penal Argentino”. Fundamentos. Volumen B. Editorial Hammurabi. Buenos Aires, Argentina. 1989. ps. 25-28, 58-64, 69-76. Una síntesis del mismo periodo puede consultarse en LLOBET RODRIGUEZ Javier “Conciliación imputado-víctima, reparación del daño y Estado de Derecho” en AA. VV. En “Nuevo Proceso Penal y Constitución” Investigaciones Jurídicas. San José. Costa Rica ps. 188-191. Además sobre la confiscación del conflicto CAFFERATA NORES José I. “La víctima.” Op. cit. p. 289.

342. Sin embargo, debe considerarse que ese “hechizo” por las políticas de ley y orden ha pervivido, y actualmente se esta renovando con más fuerza, inclusive ampliándose hacia nuevos ámbitos, bajo una propuesta altamente intervencionista, claro ejemplo de ello, son las señales de la agudización de la intervención de los modelos policiales, que están pasando, de un prototipo consensual a uno con tendencia militarizada, y esto que es un fenómeno de otras latitudes –también en mi opinión– es predicable a nuestra realidad. Sobre las características de esta transmutación confrontar: LEA John, YOUNG Jock “Que hacer con la Ley y el Orden”. Traducción de Martha B. Gill y Mariano A. Ciafardini. Editores del Puerto. Buenos Aires, Argentina. 2001 ps 33 a 36. Es de hacer notar, que esta visión militarizada de la corporación policial en nuestro país, ya ha sido puesta de manifiesto como lo informa correctamente MARTÍNEZ VENTURA Jaime “La Policía en el Estado de Derecho Latinoamericano”. Estudio sobre El Salvador. FESPAD-Fundación Friedrich Ebert. Primera edición. San Salvador. El Salvador. 2002 ps 5 a 9.

acudió nuevamente a esquemas más democráticos y de participación en el conflicto penal, es decir, considerar nuevamente a la víctima como un protagonista importante, para la solución del evento criminal, y otorgarle cuotas de poder, para que según su conveniencia, pueda optar por una vía más accesible y rápida, para alcanzar la satisfacción de sus intereses vulnerados por la conducta delictiva ³⁴³.

Lo anterior —es obvio— resulta inconsistente con un sistema en el cual, impere de manera absoluta el principio de legalidad ³⁴⁴, pues en tal caso, la solución del conflicto por otros medios alternativos no es posible; ello sucede actualmente de lege lata para nuestro sistema procesal penal, a partir de las numerosas reformas, que restringen la utilización de mecanismos alternos para la solución de los conflictos penales, lo cual entraña una involución, que se presenta con una mayor acentuación de un tergiversado principio de legalidad, que establece como única opción al fenómeno delito, la reacción de la pena pública, como ya lo hemos dicho



En verdad, que tal forma sistémica de enfrentar el delito, propio del modelo continental decimonónico —aunque con añejas raíces— vertido a través del sistema franco-germánico, se ha ido permeando, bajo criterios de utilidad, respecto de, que delitos perseguir y como perseguirlos; en tal sentido se han abierto nuevas formas de solución de los conflictos penales, una de ellas, es precisamente la denominada, justicia reparatoria o reparatoria ³⁴⁵ y al desarrollo de esos tópicos nos abocaremos en párrafos subsiguientes.

Antes, debemos advertir, que por una parte, ésta visión de flexibilizar la persecución del delito, aceptando modelos de justicia reparatorios, como mecanismos de solución al conflicto penal, se han ido contrarrestando, mediante el esquema de una justicia marcadamente punitiva a ultranza, la cual teniendo como fin, la imposición de una sanción penal, restringe el uso de mecanismos alternos a la pena, bajo el discurso, que tales esquemas de justicia son una bonanza para la criminalidad, de ahí, la renovada exasperación de la persecución del delito y de la pena como finalidad ulterior. Por otra parte, también es bueno, dejar clara nuestra posición, en el sentido que el utilitarismo del sistema penal, tiene como

343. Confrontar las ideas sobre la “vuelta” a la composición en MAIER Julio B. J. “El Ingreso de la Reparación del Daño como Tercera Vía al Derecho Penal Argentino” en AA. VV. “El Derecho Penal Hoy”. Homenaje al Profesor David Baigún. Julio B. J. Maier, Alberto M. Binder Compiladores. Editores del Puerto. Buenos Aires. Argentina. 1995 ps 37 a 38.

344. El principio de legalidad, es invocado acá desde una perspectiva procesal, como una función obligatoria e indeclinable en la persecución delictiva hasta sus últimas consecuencias, la doctrina lo conceptualiza “como la automática e inevitable reacción del Estado a través de los órganos predisuestos (generalmente la policía o el Ministerio Público Fiscal) que frente a la hipótesis de la comisión de un hecho delictivo (de acción pública) se presenta ante los órganos jurisdiccionales reclamando o realizando la investigación, el juzgamiento y si corresponde el castigo del delito que se hubiese logrado probar. CAFFERATA NORES José I. “El principio de oportunidad en el derecho argentino. Teoría realidad y perspectivas” en Cuestiones Actuales. Editores del Puerto. Buenos Aires. Argentina. Segunda edición actualizada. 1998 ps. 26-27.

345. El modelo de justicia penal reparatoria, es aquel en el cual, a la víctima se le privilegia el reconocimiento de sus derechos, para proteger sus propios intereses, y lograr el resarcimiento del daño causado por el delito, con exclusión del interés estatal en el ejercicio del ius puniendi. Confrontar BOVINO Alberto “Participación de la víctima..” Op. cit. ps. 110 a 111.

límite irreductible los derechos, libertades y garantías de las personas, de ahí que, cuando estas opciones de política penal, representen una transgresión a los principios nucleares de la Constitución, las mismas deben ser rechazadas.

II. LA PARTICIPACIÓN DE LA VÍCTIMA.

La víctima del delito, históricamente fue un sujeto relevante en la determinación posterior del conflicto ³⁴⁶, sin embargo, es importante ratificar el dato, que en virtud de la instauración del modelo de pena pública, con una creciente y aceptuada intervención del Estado, hasta la adopción del sistema inquisitivo, aquella fue paulatinamente excluida de la solución del mismo³⁴⁷, siendo que, éste modelo de impartir justicia, se extendió a lo largo de toda Europa continental, y por ende, dado la recepción del derecho penal hispánico en nuestro continente, dicho arquetipo de justicia, sentó sus reales de manera inveterada, en los países latinoamericanos del cual no fuimos la excepción.

Se despojó así a la víctima, de un rol preponderante, en la solución de los conflictos sociales, papel que se le había asignado, mediante diseño del sistema acusatorio, en el cual la persecución penal en cuanto decisión, correspondía al afectado por el delito ³⁴⁸, y dentro de éste esquema, ya la composición era un medio efectivo para solventar de manera adecuada el conflicto penal ³⁴⁹. Sin embargo, tal rol desaparecerá al oficializarse la persecución penal pública como instrumento de control ³⁵⁰, enervando en consecuencia, la eficacia del consentimiento de la víctima, para decidir sobre la persecución penal del delito ³⁵¹.

El auge del sistema inquisitivo resulta explicable, si se enfoca

346. Ciertamente, en los sistemas antiguos que preceden al advenimiento de la pena pública, la víctima tenía amplias facultades decisorias, respecto del hecho que le había afectado. Ver en tal sentido MADLENER K. "La Reparación del Daño sufrido por la Víctima y el Derecho Penal" en "Estudios de Derecho Penal y Criminología". Tomo II. Universidad a Distancia. Madrid. España. 1989 ps 9 a 11.

347. De ahí, es correcto afirmar que, con la aparición del derecho penal formalizado, mediante la prefiguración de la pena pública, se fue erradicando las prácticas, del llamado derecho "Barbaro", con ello se neutralizaron los últimos resabios de prácticas de venganza privada, pero además, se disolvieron los sistemas de composición, que se habían ido perfeccionado para solventar los conflictos, así, con el arribo del derecho penal, se generó paradójicamente la exclusión de la víctima de su propio conflicto, el cual fue mediatizado por el Estado, quien se erigió en guardián de la colectividad, y se arrogó la facultad de imponer penas, neutralizándose con ello el rol de la víctima que sería utilizada como medio de la noticia criminis o como órgano de prueba, esta reducida participación, en la solución de su conflicto, dejó a la víctima, sin poder solucionar su condición de afectado por el delito, la dejó con una precaria voz de informante, pero sin voto en la definición de su disyuntiva como afectada por el delito. En tal sentido LANDROVE DÍAZ Guillermo "La Moderna Victimología". Tirant lo Blanch. Valencia. España. 1998 ps 109 a 111.

348. Destacando el papel de la víctima, como protagonista directo en la solución de los conflictos en épocas antiguas. MAKAREWICZ Julius "La Evolución de la Pena". Traducción de María L. Martínez Reus. Editorial Reus. Madrid. España. 1907 ps 78 a 80.

349. Señalando como evolucionó la confiscación del conflicto, por parte del Estado a los súbditos y como los mecanismos de composición fueron siendo relegados hasta el advenimiento generalizado de la "delicta pública". ZAFFARONI Eugenio RAÚL, ALAGIA Alejandro, SLOKAR Alejandro "Derecho Penal". Parte General. EDIAR. Buenos Aires. Argentina. 2000 ps. 220 a 221.

350. Haciendo énfasis en la exclusión de la víctima del conflicto, y en la apropiación del mismo por parte del Estado. ZAFFARONI Eugenio R. "Sentido y Justificación de la Pena" en AA. VV. "Jornadas sobre Sistema Penitenciario y Derechos Humanos". Editores del Puerto. Buenos Aires. Argentina. 1997 p 36.

351. Sobre la exclusión de la víctima puede confrontarse ALASTUEY DOBON María del Carmen "La Reparación de la Víctima en el marco de las sanciones penales". Tirant lo Blanch. Valencia. España. 2000 p 37.

desde un punto de vista ideológico-político, pues la inquisición responde en un modelo determinado, el de la monarquía absoluta, cuya piedra angular, es la centralización en el ejercicio del poder. En esa época, la detentación del control suponía una delegación divina, por lo que, la conducta calificada de delictuosa atentaba, ya no contra la víctima, sino contra los intereses divinos o reales, ergo el fundamento de la persecución de la penal, ya no deriva en un daño particularizado a la víctima, como un sujeto ofendido, sino que es remplazada por la infracción, entendida ésta, como una lesión respecto de los intereses estatales. En tal sentido, la víctima es despojada del poder para determinar los alcances del ejercicio de la persecución penal, y también de la solución a los perjuicios sufridos por el delito ³⁵².

También es de hacer notar, que en este contexto de la cultura inquisitiva, tuvo lugar el surgimiento del principio de verdad real, cuya exacerbación, va impedir alcanzar la solución del conflicto por otra vía, que no sea el tránsito indisponible del proceso, y de la reacción del poder estatal, mediante la imposición de sanciones. Ciertamente, esta pretensión de alcanzar una apodíctica verdad real, queda relativizada por la mediatización, que es inherente a los sistemas de enjuiciamiento penal –ciertamente el aspecto mediático tiene lugar en cuanto a las pruebas y a la valoración que se haga de las mismas– por lo que a partir de ahí, la verdad real o material, como suele invocarse, no puede ser un fundamento, exento de parámetros que admitan amplios márgenes de reductibilidad.

Es por ello, que el principio de la verdad real en la persecución del delito –tan ligado a la legalidad indisponible formal– es sólo una aporía, de ahí que, ya no es sostenible en términos omnímodos, la correspondencia absoluta, entre los hechos tenidos por ciertos como hechos probados, y los hechos verdaderamente ocurridos ³⁵³; y esta falta de verdadera correspondencia, suscita que la finalidad “real” del proceso penal sea alcanzar una verdad mediatizada o formalizada ³⁵⁴, por lo que, debe desaparecer la aureola de sacralización, con la cual se ha venido manifestando el principio de “verdad real”; de ahí que, sobre la base de este principio, no debe entenderse que sea legítimo, negar una participación más activa y verdaderamente eficaz para la víctima en la solución de su conflicto, que esperar una inalcanzable verdad para el Estado, que ni es plausible obtener, ni satisficiera los intereses propios de los involucrados en el delito.

352. BOVINO Alberto “Participación de la víctima..” op. cit ps 87 a 89.

353. Señalando los déficits del “juicio de la verdad”, y ubicando únicamente el nivel aproximativo, al cual se puede aspirar respecto de los hechos juzgados, en virtud la limitación del conocimiento humano. Ver CAFFERATA NORES José I. “Proceso Penal y Verdad Histórica” en Cuestiones Actuales sobre el Proceso Penal. Editores del Puerto. Buenos Aires. Argentina. 2000 ps. 49 a 51.

354. En tal sentido, es ilustrativo Hassemmer cuando analizando el principio de verdad real indica: “la verdad no es la meta de la fase de producción –del caso– en el proceso penal. La meta es más bien la obtención formalizada de la verdad”. HASSEMER Winfried “Fundamentos de Derecho Penal”. traducción de Francisco Muñoz Conde y Luis Arroyo Zapatero. Editorial Bosch. Barcelona. España 1984. p 190

El esquema trazado, va a permitir en el ámbito político jurídico, la redefinición de los sujetos materiales del conflicto, así, el imputado pasara de ser sujeto del proceso, a constituirse en objeto del mismo; la víctima en cambio será excluida, y su lugar pasara a ser ocupado por el Estado; la consecuencia de ello será, que la víctima sufrirá la expropiación de sus derechos, y del ejercicio de su titularidad para promover la acción penal, de continuar con la misma, de elegir la forma de solucionar el conflicto en que se ha visto inmersa, y de satisfacer los perjuicios sufridos, quedándole como única opción, la de aceptar ser un órgano de prueba (testigo) en el mejor de los casos ³⁵⁵, puesto que en algunos modelos, hasta esa oportunidad le era negada a la víctima, quien paradójicamente, no podía ser testigo de su propio hecho, en virtud de la regla tasada del interés para declarar ³⁵⁶.

El principio de estatalidad que se consolida a través del sistema de justicia inquisitivo, tiene como consecuencia, lograr la exclusión de la víctima como sujeto relevante, y si bien es cierto que ésta, se constituye en un sujeto de la relación delictiva, elevado a la categoría de elemento del tipo penal, como afectado por el perjuicio causado, tal connotación se formula de manera mediatizada, mediante la definición impropia de los bienes jurídicos ³⁵⁷; sin embargo, la paradoja es notoria, pues aunque a la víctima se le califique como el titular de dichos intereses jurídicos, una vez injuriados estos por el comportamiento delictivo, la protección de los mismos, en términos de eficacia para restaurar la lesión, es una decisión que no corresponde ya a quien ha sido victimizado ³⁵⁸, tal opción político criminal, ha permitido durante mucho tiempo desarrollar un concepto de víctima como mero sujeto privado, es decir, sin opción de derechos para legitimar el resarcimiento de los perjuicios y daños sufridos, y tal potestad fue asumida por el Estado con un discurso de castigo y prevención ³⁵⁹.

355. Haciendo notar las penurias de la víctima, en razón de la situación de ostracismo a la que fue relegada en el proceso penal, así como a la objetivización a la cual fue sometida. ESER Albin "Acerca del Renacimiento de la Víctima en el Procedimiento Penal". Tendencias nacionales e internacionales. Traducción de Fabricio O. Guariglia y Fernando J. Córdova. "De los Delitos y de las Víctimas". Compilador. Julio B. J. Maier. AD-HOC. Primera edición. Buenos Aires. Argentina. 1992 p 17.

356. Ejemplo de ello eran –entre otras– las normas tarifarias de valoración de la prueba, que establecían para merecer entera fe a la declaración del testigo "La imparcialidad deducida de la probidad, independencia de posición, desvinculación con las partes y antecedentes del testigo" que regulaba de entre otras prescripciones el artículo 497 N° 2 del Código Procesal Penal de 1973.

357. Correctamente se ha afirmado, que a la expropiación de la víctima contribuyó una mediatizada noción del bien jurídico, que erigido ya sobre moldes supra-personalistas espiritualizó en demasia al objeto jurídico de protección, desplazándolo de la persona a la sociedad o al Estado, en tal sentido debe volverse a una repersonalización de los bienes jurídicos. Ver HASSEMER Winfried, MUÑOS CONDE Francisco "Introducción a la Criminología y al Derecho Penal". Tirant lo Blanch. Valencia. España. 1989 ps 109 a 111.

358. En esta línea de pensamiento, y haciendo una comparación interesante de la voluntad de la víctima, en el marco del derecho penal como causa de atipicidad, y la carencia de relevancia que se le ha concedido en el proceso penal MAIER Julio "El Sistema Penal Hoy: entre la inquisición y la composición" en AA. VV. "Derechos Fundamentales y Justicia Penal". Editorial Juricentro. San José. Costa Rica. 1992, pp. 136 a 139.

359. MAIER Julio "El Sistema Penal Hoy..." op cit. p. 90.

III. EL NUEVO ROL DE LA VÍCTIMA.

El panorama que se ha vislumbrado, va comenzar a variar a partir del periodo del iluminismo, en esta época aunque tenue, se da un nuevo renacer respecto del papel que va asumir la víctima, pues ésta comienza a ser reconocida como sujeto de derechos, tal movimiento –limitado por el modelo inquisitorial que sigue en boga– permitirá que asuma el rol de actor civil. Posteriormente, a partir de la transición de los sistemas mixto clásico a moderno, se va a permitir que la víctima asuma una función más protagónica, en el sentido de participación en el proceso penal mediante la figura de la querrela, aunque vinculada –y por ello limitada– a delitos que para su persecución penal, dependen de la autónoma decisión del titular del bien jurídico, no obstante, debe tenerse en cuenta, que el repertorio de delitos que quedan comprendidos en este sector son reducidos y de escasa relevancia, y conforman los llamados delitos perseguidos solo por acción privada³⁶⁰. Estos mecanismos que se reconocen como insuficientes, para colmar las reales expectativas de las víctimas, son calificados por la teoría como modelos tradicionales de participación³⁶¹.

Sin embargo, ello no era suficiente, para presentar una adecuada solución a la exclusión de la víctima respecto del conflicto penal, por lo que, la tutela de sus derechos ex post al acaecimiento del delito, siempre resultan perjudicados, respecto de alcanzar soluciones satisfactorias desde la perspectiva de la víctima, tal realidad sólo alcanza para añadir más descrédito y deslegitimación, a un sistema penal que enarbolando la bandera de la legalidad y la verdad real a ultranza, no resuelve problema alguno desde los fines propuestos por la coerción punitiva, pues la pena, ni previene el delito en el sentido de intimidación sobre la colectividad o respecto de futuros delincuentes, ni presenta parámetros aceptables de resocialización para el infractor en virtud del esquema punitivo, además de que, en tratándose de la víctima, tampoco satisface sus necesidades de reparación del daño, pues en la mayoría de conflictos penales, ésta resultaba encontrarse sistemáticamente excluida³⁶².

No obstante, ese panorama tan sombrío para la víctima se ha ido modificando, provocándose un fenómeno de renacimiento de los derechos y de la participación de la víctima en todos los esquemas relacionados con

360. Con una excelente descripción de la participación de la víctima en el modelo alemán ver. ESER Albin "Acerca del Renacimiento de la Víctima en el Procedimiento..." op. cit ps. 18 a 31.

361. En esta línea de pensamiento de manera crítica se ha indicado que tales modelos de participación de la víctima se mantienen todavía en el ámbito de la formalidad pero sin alcanzar planos sustanciales en cuanto al ejercicio de sus verdaderos derechos y de la decisión en el conflicto penal. Así RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ Gabriela "Sociedad, Estado, Víctima y Ofensor..." op. cit p 19.

362. Mostrando el panorama de neutralización de la víctima BERISTAIN IPIÑA Antonio "Nuevo Proceso Penal desde las Víctimas" en AA. VV. "La Administración de Justicia". En los albores del tercer milenio. Compiladores. Messuti. Sampedro Arrubia. Editorial Universidad. Buenos Aires. Argentina. 2001 p. 20.

363. Haciendo resaltar este redescubrimiento de la víctima, como una especie de contragolpe de la política criminal del delincuente hacia la víctima. HIRSCH Hans Joachim "La Reparación del Daño en el marco del Derecho Penal Material". Traducción de Elena Carranza. "De los Delitos y de las Víctimas". Compilador. Julio B. J. Maier. AD-HOC. Primera edición. Buenos Aires. Argentina. 1992 ps. 55 a 57.

el quehacer penal ³⁶³; esta renovación nos presenta a la víctima como un sujeto-persona, que ya no puede quedar desligada de las grandes decisiones del conflicto ³⁶⁴. Así, a nivel de la criminología se ha dado todo un replanteo en cuanto a los estudios criminológicos que actualmente hacen mucho énfasis en las corrientes victimológicas y a la relevancia de la víctima a partir de los mismos ³⁶⁵. También en la sistemática jurídico-penal, se han abierto nuevas expectativas, a partir de las reflexiones que se han elaborado, sobre los alcances de la participación de la víctima en la configuración del injusto, mediante el planteo de la llamada “victimodogmática” ³⁶⁶. Por último, en el ámbito del proceso penal se ha dado lugar al reconocimiento de la víctima como un sujeto con específicos derechos, además de la posibilidad de participar estrictamente como sujeto procesal ³⁶⁷, pero lo más importante, es el impulso –que insólitamente ahora se encuentra en franco retroceso– que se ha dado a la víctima como sujeto determinante de su propio conflicto, lo cual ha renovado su inclusión mediante los mecanismos de justicia restitutiva ³⁶⁸.

Para afrontar estos desafíos, los sistemas penales, en un movimiento que ha ido ganando terreno en distintas partes del orbe mundial –impulsado por la corriente del minimalismo penal– han aperturado la opción de conceder un papel protagónico a la víctima, tanto en lo que respecta a la promoción del conflicto penal, como en la búsqueda de alternativas para la solución del mismo. En este sentido se han propuesto los siguientes mecanismos: (I) la reparación del daño bajo modelos de aplicación expansivos; (II) mayores derechos de participación formal a la víctima en el proceso penal; (III) el reconocimiento de específicos derechos a la víctima, independientemente de que esta asuma un papel protagónico en su sentido formal en el curso del procedimiento penal ³⁶⁹.

De las alternativas supra señaladas, interesa para este estudio la mencionada en primer orden, ello no significa que los otros mecanismos sean menos importantes, sino que, básicamente objeto de los mecanismos

364. Confrontar en tal sentido GARCIA PABLOS DE MOLINA A. “Manual de Criminología. Introducción y Teorías de la Criminalidad. Espasa-Calpe. Madrid. España. 1988 p 79.

365. Señalando que la visión de la victimología inicio con los estudios precursores de Von Henting y Mendelsohn, pero que se ha cimentado a partir de los simposium internacionales de victimología acaecidos en Jerusalem (1973) Boston (1976) Munster (1979) Tokio/Kyoto (1982) Zagreb (1985) Jerusalem (1988) Río de Janeiro (1991) Adelaida (1994) y Amsterdam (1997). Ver ALASTUEY DOBÓN María del Carmen “La Reparación...” op. cit. p 40.

366. La victimodogmática ha tenido su origen indefectiblemente a partir de la información del saber criminológico, que en alguna medida había venido reflejando una relación menos formalizada entre víctima y autor. De ahí el saber penal ha retomado la reflexión partiendo de la base de hasta que punto, el comportamiento relacional de la víctima en el delito, puede tener trascendencia jurídico-penal. En otras palabras hasta donde la conducta de la víctima puede ser relevante para el injusto y para la responsabilidad del autor en cuanto a la exclusión de imputación de los mismos. Ver SILVA SÁNCHEZ Jesús-María “La Consideración del Comportamiento de la Víctima en la Teoría Jurídica del Delito”. Observaciones doctrinales y jurisprudenciales sobre la victimodogmática en “La Victimología”. Cuadernos de Derecho Judicial. Tomo XV. Consejo General del Poder Judicial. Madrid. España 1993 ps 21 a 23.

367. Sobre estas nuevas opciones ver. MAIER Julio B. J. “La Víctima y el Sistema Penal”. “De los Delitos y de las Víctimas” 7º Compilador. Julio B. J. Maier. AD-HOC. Primera edición. Buenos Aires. Argentina. 1992 p 193.

368. De manera bastante gráfica, se ha indicado cual ha sido el transitar de la víctima en este resurgimiento, así se indica que: primero se pasó de un “redescubrimiento de la víctima, luego a una etapa de protagonismo hasta los momentos actuales, que además de los anteriores se califica como de asistencialismo a los afectados por el delito. En tal sentido confrontar BERTOLINO Pedro J. “La Situación de la Víctima del Delito en el Proceso Penal de la Argentina” en AA. VV. “La Víctima en el Proceso Penal”. Editorial De Palma. Buenos Aires. Argentina. 1997 ps. 4 a 5.

369. MAIER Julio “El Sistema Penal Hoy...” op cit ps. 91 a 92.

de justicia restitutiva, es la reparación del daño, entendido en su sentido general y sobre dicho tópico abundaremos a continuación.

IV. LA VISIÓN DE LA JUSTICIA RESTITUTIVA COMO MEDIO REPARATIVO DEL CONFLICTO.

La reparación del daño esta vinculada de manera estrecha, al modelo de justicia restitutiva o consensual, para tomar esta opción de política criminal, es necesario conceder a la víctima, amplias facultades en la toma de decisiones de cómo debe resolverse el conflicto penal, desde una perspectiva de satisfacción de sus intereses vulnerados, ello también debe significar una flexibilización del principio de legalidad formal, y del de indisponibilidad de la acción penal que es su consecuente ³⁷⁰, así como un reconocimiento al decrecimiento del principio de verdad real en el proceso penal.

Se señalan diversos fundamentos ³⁷¹, para sostener la necesidad de que la víctima sea reparada por el daño sufrido –no según el sistema tradicional– de manera no sólo efectiva sino también eficaz, dichas nociones son las siguientes:

1) se indica que a la víctima, más que la imposición de la pena o medida de seguridad para su ofensor, le interesa ser reparada en los perjuicios materiales o morales que se le causaron.

2) Se ha expresado que mediante el modelo reparatorio, se evita una mayor acrecentación de los procesos formales de criminalización –como efecto negativo de la violencia estatal que supone el ejercicio del ius puniendi–, sobre todo respecto de la pena privativa de libertad y de la prisión preventiva, cuya operancia en la mayoría de los sistemas, significa un verdadero dilema por los efectos que la privación de libertad genera para las personas, respecto de la primera es innegable que en la mayoría de casos, la prisión y la cultura carcelaria, genera una mayor desocialización de los reclusos, y para la segunda que su sustrato material responde inequívocamente a un anticipo de la sanción penal, sólo que respecto de personas todavía con un status de inocentes, a quienes se les traslada la nocividad carcelaria ³⁷².

3) Se ha dicho que a través de los mecanismos de reparación, se prevé darle real vigencia al principio de intervención punitiva del Estado, como instrumento de ultima ratio en este caso vinculado al marco procesal

370. Sobre los alcances de la obligatoriedad de la acción penal y sus nuevas tendencias ver. GONZALEZ ALVAREZ Daniel "La obligatoriedad de la acción en el Proceso Penal Costarricense". Editorial Investigaciones Jurídicas. 2° edición. San José. Costa Rica. 1992 ps 19 a 26.

371. Una visión general sobre los diferentes mecanismos que importan un papel más protagónico de la víctima puede verse en CORDOVA Fernando "La Posición de la Víctima" en "El nuevo Código Procesal Penal de la Nación. Análisis Crítico". Editores del Puerto. Buenos Aires. Argentina. 1993 pp. 82 a 91.

372. Sobre las miserias de la prisión preventiva utilizada como pena anticipada con larvados fines preventivistas ver FERRAJOLI Luigi "Derecho y Razón". Teoría del Garantismo Penal. Segunda edición. Editorial Trotta. Madrid. España. 1997 pp. 775 a 777.

penal.

4) En el ámbito normativo se reconoce a escala internacional, la posición de ciertas declaraciones en las cuales se reconoce de manera expresa el derecho de la víctima a ser reparada de manera pronta por los efectos dañosos del delito ³⁷³.

Se reconoce por un sector de la doctrina, que los modelos de justicia resarcitoria, como forma de volver al statu quo ante y propiciar una solución efectiva del conflicto, es una propuesta viable, siempre que la adopción de los mecanismos alternos propios de este sistema –conciliación, reparación integral–, no sean opuestos a los fines de la pena –en el sentido que mantengan los fines de prevención general y especial de la pena– esta posición que es estimable, debe situarse precisamente en su ámbito de aplicación, que podría ser aceptada, si no se matiza en términos absolutos, en cuanto a los efectos preventivos de la pena, y si su acuñamiento queda restringido a la esfera del derecho penal material. Por el contrario, en el ámbito procesal, el modelo de justicia restitutiva podría erigirse sin la necesidad de límites tan absolutos como los fines preventivos de la sanción penal, por que ello, en lugar de propiciar la solución del conflicto, lo afectaría, excluyendo nuevamente a la víctima y también al imputado, de resolver inclusivamente el problema penal que les atañe; reconocer que para el ámbito de la justicia restitutiva en sede de enjuiciamiento, campean los mismos supuestos que en lo atinente al derecho penal de fondo, sería expropiar nuevamente el conflicto, con los resultados empíricos que de sobra son conocidos –la agudización carcelaria; la insatisfacción de la víctima – por lo que tal posición merecería ser vista con prudencia por sus efectos reduccionistas ³⁷⁴.

Con esto, se rechaza la idea de que la justicia reparativa, debe en primer lugar tutelar los fines que se le asignan a la pena, incluso sobre la voluntad del afectado por el delito, ello es así, en el ámbito del proceso penal, esta posición crítica, de quienes se adhieren a los modelos de justicia restitutiva, elevando el interés de la víctima como perjudicado directo y material sobre los intereses estatales de punición, merece nuestra adhesión, pues sólo desde esa óptica, es posible otorgarle a la víctima una real y efectiva solución del conflicto, sin desconocer que ella, es protagonista principal de esos hechos en su calidad de afectado, y que por lo mismo, no puede seguirse manteniendo la política de excluirla del

373. Entre las diferentes declaraciones pueden citarse: Declaraciones de la ONU sobre los principios básicos de la justicia de las víctimas del crimen y del abuso de poder (1985) que dispuso en el Art. 7 "Se utilizarán cuando proceda, mecanismos oficiosos para la solución de las controversias, incluidos la mediación, el arbitraje y las prácticas de justicia consuetudinaria o autóctonas, a fin de facilitar la conciliación y la reparación a favor de las víctimas"; la cual fue complementada por las Reglas para la aplicación de dichos principios aprobada por el Consejo Económico y Social de la ONU (1989) que dispuso en el número 3 (e) "Cuando funcionen o se hayan introducido recientemente mecanismos oficiosos de solución de controversias, (se recomienda) velar, en la medida de lo posible y tomando debidamente en cuenta los principios jurídicos establecidos por que se atienda plenamente a los deseos y la sensibilidad de las víctimas y que el resultado les represente un beneficio por lo menos equivalente al que hubiera obtenido recurriendo al sistema oficial"; LLOBET RODRÍGUEZ Javier "Conciliación imputado-víctima, reparación del daño y Estado de Derecho..." op. cit. ps 194-195.

374. Así Bovino Alberto "Participación de la víctima..." op. cit. p. 94.

desenlace del mismo, cuando el Estado no vea satisfechas sus difusas pretensiones, amparado en conceptos porosos como seguridad ciudadana, paz pública y otros, que pueden pretender virtualmente tutelar el interés de la comunidad, aunque sea incapaz de resguardar los bienes de una persona concreta.

En este marco de la justicia consensual, debemos indicar –como lo señala cierto sector doctrina– que la reparación no significa ni es equivalente a meras reparaciones dinerarias, la reparación debe entenderse como un instrumento de solución de controversias, que de manera material o simbólica, permiten restituir en grado próximo la situación acontecida como delictiva al estado anterior a la ejecución del hecho, siempre que con ello se satisfagan los intereses del ofendido por el delito ³⁷⁵.

El modelo de justicia reparatoria, en el cual el conflicto penal es redefinido de manera no tradicional –redefinición del rol de la víctima y del imputado como sujetos del conflicto–, tiene características propias, que lo hacen incompatible, con los modelos de justicia penales imperantes hace apenas unos lustros, y en los cuales campeaba de manera irreductible el principio de legalidad formal; dichas características las resumimos de la manera siguiente:

(a) La construcción de la ilicitud descansa sobre la producción de un daño que afecta bienes jurídicos personalizados y no objetivados –se supera la visión del ilícito como mera infracción normativa– .

(b) La persecución del delito –en cuanto decisión– permanece bajo la disposición del individuo particular que ha soportado el daño, quien dependiendo de su voluntad, decidirá si el conflicto se resuelve de manera consensuada con quien es señalado como autor presunto del hecho, o sí por el contrario encargará al Estado la persecución del delito en el rito del proceso penal. Con todo, la decisión de legitimar la potestad persecutoria de los órganos del poder estatal, no es óbice para que pueda arribarse posteriormente a soluciones reparatorias.

(c) Se reconocen medios alternos para solucionar el conflicto penal, bajo mecanismos compositivos entre el imputado y víctima que permita la reparación del daño sufrido ³⁷⁶.

Los requisitos supracitados, pueden ser explicados de manera siguiente: En el primer aspecto, hay un cambio de modelo, respecto de la tutela del bien jurídico, la ilicitud se construye como un objeto de protección de intereses injuriados, como una lesión personal o particular, es decir se

375. En este sentido NEUMAN Elías "Mediación y conciliación..." op cit. pp. 94 a 95.

376. En tal sentido ver BOVINO Alberto "La participación de la víctima.." op. cit. p. 96.

singulariza la afección respecto de una persona determinada, que es el titular del mismo. Se aparta este enfoque, de la visión que se tenía de la ilicitud como infracción normativa, de carácter abstracto, en la cual importaba sobre todo la conducta como una contrariedad al derecho, situación que se vinculaba en principio al quebrantamiento de la voluntad del soberano, y luego a los fines estatales del orden público, o actualmente respecto de las visiones que se sustentan sobre una primacía de los valores ético-sociales de la acción, o al tutelaje de funciones y expectativas de la norma. Este manejo conceptual de la ilicitud, y de la concreción o abstracción del objeto jurídico de protección y de su forma de afección, tiene relación directa, con la disponibilidad o indisponibilidad de la acción penal pública y de la persecución delictiva.

Como segundo aspecto, requisito necesario de un modelo de justicia restitutiva, es la disponibilidad que la víctima tenga sobre la solución del conflicto, tal criterio ha de entenderse no limitado, en el sentido que le compete a la víctima y únicamente a ella decidir voluntariamente si desea arribar a un arreglo de carácter compensatorio o si se decide por la vigencia de la persecución penal³⁷⁷. Este reconocimiento de la voluntad de la víctima, para alcanzar una respuesta diferente al caso penal de la sanción punitiva, puede ser desarrollado de dos maneras: en unos sistemas, el acuerdo compositivo se propone y alcanza aun antes del inicio de la actividad persecutoria estatal, en la vía de la mediación del conflicto, y es el que se sigue en los sistemas sajones³⁷⁸.

El otro medio de aplicación, resulta ser la conciliación o la reparación del daño integral, y para los efectos que aquí nos interesa destacar, la nota diferencial consiste en que, estos mecanismos se desarrollan en la tramitación del procedimiento penal, es decir bajo una formalización de la

377. Sobre esta nueva forma de justicia penal, en la cual la víctima tiene un rol preponderante sobre la solución del conflicto que le atañe así misma ver. BERISTAIN IPÍÑA Antonio "Criminología y Victimología". Alternativas re-novadas al delito. Editorial Leyner. Santa fe de Bogotá. Colombia. 1999 p. 202.

378. Este sistema es conocido como de "compensación entre víctima y autor", y generalmente radica en la posibilidad de acuerdos a instancia fiscal, antes de la formulación de cargos penales en centros de mediación en los cuales víctima y victimario, puedan llegar a acuerdos con la ayuda de un mediador sobre las prestaciones que el autor y posible acusado, puede prestar a la víctima para resarcirla en los daños causados por el delito, de mediar acuerdo puede que ocurra el cese final de la persecución o que se solicite una sanción atemperada. Sobre ello informa ALASTUEY DOBÓN María del Carmen "La Reparación..." op cit. p 70.

379. En el Código Procesal Penal salvadoreño se acuñó –digámoslo así– la formula amplia, que permite en la conciliación, su advenimiento incluso antes de la clausura del debate –que ocurre después de la última palabra a víctima e imputado Art. 353 inciso final CPP– lo cual me parece importante, por que potencia hasta el último momento una justicia consensuada entre las partes y no la solución punitiva, que en la mayoría de casos no resuelve satisfactoriamente el conflicto penal, para esos fines conviene citar el artículo 32 inciso tres que reza en lo pertinente: "En cualquier momento del proceso, pero antes de que se clausuren los debates en la vista pública, la víctima comunicará el acuerdo al tribunal". En cambio en otros legislaciones, los alcances en cuanto a la oportunidad de conciliar aparecen más restringidos, caso del Código Procesal Penal Costarricense en el cual la definición del conflicto mediante el mecanismo de la conciliación se limitó hasta antes del pronunciamiento de elevación a juicio de la causa, así lo dispone el artículo 36 de dicho cuerpo legal cuando prescribe en lo pertinente: "En las faltas o contravenciones, en los delitos de acción privada, de acción pública a instancia privada y los que admitan la suspensión condicional de la pena, procederá la conciliación entre víctima e imputado en cualquier momento hasta antes de acordarse la apertura a juicio". Precisamente, esa interpretación restrictiva a partir de la oportunidad de conciliar y de los efectos extemporáneos del acuerdo conciliatorio ha sido de recibo por la Sala Tercera del máximo Tribunal de justicia al resolver que: "A lo largo de la investigación preparatoria la defensa tuvo la oportunidad de solicitar la convocatoria a una audiencia de conciliación y no lo hizo. Tampoco cuando fue convocada a la audiencia preliminar formuló petición alguna en ese sentido... así la petición que hizo al Tribunal muy avanzado en el debate resulta de todo extemporánea... No se trata de una negativa infunda o de un simple obstáculo erigido para evitar una solución real al conflicto. Se trata de rechazar una solicitud evidentemente extemporánea, máxime que a lo largo de todo del proceso de

imputación, puede operar según los diferentes ordenamientos jurídicos en una respuesta alterna que se alcanza bien en la etapa instructoria –en su sentido genérico– bien en la etapa intermedia o en la fase del debate ³⁷⁹.

La predicha forma de disponibilidad de la solución al conflicto, esta ligada –como se advertirá a la concepción de que el injusto causa un daño personal– y es oponible a un sistema rígido donde impera el principio de legalidad, respecto de la acción penal pública, y así mismo una concepción suprapersonal del bien jurídico, puesto que modelos de este corte, que reflejan una estrechez antidemocrática en la toma de decisiones, difícilmente permitirán, que la víctima pueda resolver por sí misma el conflicto mediante un acuerdo reparatorio, ya que al considerarse el delito como una infracción a las normas, la tutela de los bienes corresponde a un interés estatal y no particular.

De acuerdo con lo anterior, debe señalarse que aceptar modelos de justicia restitutiva, significa permear el principio de legalidad formal, respecto de la persecución penal, ello implica que, no todo delito debe perseguirse inexorablemente tras el ~~h~~uimérico de la verdad real, lo cual se trasluce en una renuncia del poder estatal sobre la disposición del ~~pe~~; además representa aceptar una visión más antropocéntrica de los bienes jurídicos; y a su vez ello significará, una cesión de ese poder a la víctima, para que sea ella quien disponga, si conviene o no a la satisfacción de sus intereses, la iniciación o continuidad o el cese de la coerción penal.

Como tercer presupuesto debe afirmarse, la opción de que el conflicto se resuelva por medios compensatorios y no con fundamento en la sanción penal –ora pena ora medidas de seguridad–. Esta opción, esta ligada estrechamente a los postulados anteriores, en tal sentido, sólo puede entenderse una solución compensatoria del daño –sin que concurra ninguna consecuencia jurídica del delito– sí se conviene desde una perspectiva político criminal, que el injusto constituye una forma de daño a los bienes jurídicos de las personas desde una perspectiva singularizada, sí además, y reconociendo esta dañosidad personal –que el Estado no puede reparar con la pena– se conviene en la legitimidad material y formal de la víctima para solucionar el conflicto criminoso, otorgándole plenas facultades al damnificado por el delito, para asumir la decisión sobre el destino de la persecución penal, y replegando el principio de legalidad formal, entendido

investigación la defensa tuvo oportunidad de solicitarlo, considerando el parecer del ofendido a quien nunca pidió citar, nunca solicitó formalmente la convocatoria a una audiencia de conciliación y tampoco existe una propuesta concreta ni evidencia alguna que exista interés del ofendido en acceder a ello". Voto 454-2000 del cinco de mayo de dos mil. de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica.

380. Confrontar. ASÚA BATARRITA Adela "Alternativas a las Penas Privativas de Libertad y Proceso Penal" en Cuadernos de Política Criminal. N° 30. Instituto Universitario de Criminología. Universidad Complutense. EDERSA. Madrid. España. 1988 ps 606 ss.

Sobre las principales consecuencias jurídica derivadas de la conciliación que se concretizan en la extinción de la acción penal ver LLOBET RODRIGUEZ Javier "Proceso Penal Comentado" Mundo Gráfico. San José. Costa Rica. 1998 pp. 189 a 200 y 206 a 209.

como interés estatal de control social, al cual se renuncia en su concepción absoluta, para permitir una solución pronta, efectiva y real del problema penal.

V. LAS CONSECUENCIAS JURÍDICAS DE LA REPARACIÓN DEL DAÑO.

El principal efecto jurídico de la reparación del daño causado a la víctima, es la extinción de la acción penal, con ello se quiere indicar que cesa la actividad persecutoria del Estado respecto del imputado, pues alcanzada la reparación según la modalidad propuesta, el órgano jurisdiccional debe emitir una resolución que enerva absolutamente e impide la persecución penal –dictado de sobreseimiento definitivo–, resolución mediante la cual se mantiene incólume el status de inocente del imputado, el cual no queda en entredicho por los acuerdos conciliatorios o reparatorios, ello es conveniente inclusive para evitar las deformaciones del etiquetamiento penal, y más aún las nocivas consecuencias de la prisionalización preventiva que en nada se diferencia en su ámbito material de la pena de prisión³⁸¹.

Desde el plano de vista material, la composición significará, la solución del problema que en el ámbito particular representa para la víctima el fenómeno del delito; se reivindicará así para el verdadero titular del bien jurídico, una esfera de seguridad jurídica que el delito mermó, y que la reparación del daño, permite volver al ~~de~~ de la manera más aproximada, lo cual ocurre sin la afflictividad absoluta del proceso penal³⁸².

Otro punto ha tomar en consideración, es que, la efectividad y eficiencia en la reparación del daño, es un punto clave y medular para los sistemas de administración de justicia, pues aquellos menos desacreditados y más creíbles respecto de la opinión ciudadana, son los que de manera más expedita y sin dilaciones, permiten a los involucrados resolver sus controversias.

Ante la última situación esbozada, es que los diferentes sistemas penales en la actualidad de manera creciente, optan por poner a disposición de la víctima salidas alternas, con un carácter más o menos acentuado de justicia restitutiva, que permitan alcanzar soluciones al más breve plazo. En igual sentido, se pretende que los catálogos de delitos en los cuales la víctima pueda decidir, sobre la conveniencia o no de la persecución

381. En esa línea de pensamiento DÜNKEL Frieder "La conciliación delincuente-víctima y la reparación de daños. Desarrollos recientes del derecho penal y de la práctica en derecho penal en el derecho comparado. "Victimología". Beristain-De la Cuesta. Compiladores. Universidad del País Vasco. Bilbao. España 1990. p 140.

382. Sobre el fundamento de la "Probatióm", como un mecanismo que propicia las salidas alternas al conflicto penal, en el cual la voluntad de la víctima es importante, pero no decisiva para impedir que opere la suspensión del procedimiento, se decanta BINDER Martín Alberto, así mis apuntes de clase sobre el Proceso Penal en curso para capacitadores sobre la implementación del Código Procesal Penal de El Salvador, conferencias dictadas en la Escuela de Capacitación Judicial de la República de El Salvador en mayo de 1997. Inédito.

penal, sea el más extenso posible y únicamente se recomienda restringir, aquellos delitos que por su especial naturaleza, respecto de los bienes jurídicos indisponibles de tutela reforzada, o según la intensidad de la gravedad de la ofensa, deban ser excluidos del manejo decisonal de la víctima.

Aunque no es menester abordar en este momento, en detalle el modelo penal salvadoreño –ello rebasaría los propósitos de esta presentación– si es oportuno señalar, que el mismo se inscribe en una línea de justicia restitutiva –aunque huelga decirlo actualmente bastante restringido para ser optimista– y por el cual se reconocen como vías para alcanzar la extinción de la acción penal, tanto la conciliación como la reparación del daño integral; además de los anteriores, puede vincularse al modelo de justicia reparatoria –aunque no de manera absoluta– la institución jurídica conocida como la “diversión o probatiom”, o suspensión condicional del procedimiento, ello por que aún de manera restringida en la aplicación de esta figura, la reparación del daño, es un requisito a tomar en cuenta para habilitar su procedencia, empero, debe hacerse énfasis, que tal presupuesto no es indispensable, pues esta solución es alcanzable incluso en contra de la voluntad –que no del interés protegido– de la víctima³⁸³; no resulta aquí una paradoja, el interés de la víctima a obtener una reparación y su aseguramiento siempre subsiste, pero se desplaza de un plano primario a uno secundario, cuando rebase los criterios de objetividad, garante de lo cual es la autoridad judicial para evitar abusos. Al contrario otros institutos jurídicos como el principio de oportunidad reglado o el procedimiento abreviado, no están sujetos a la reparación de los perjuicios causados a la víctima, lo cual en el procedimiento monitor, no es óbice para que si resulta condena y se han probado la irrogación de daños civiles, siguiendo las reglas del debido proceso el juez pueda pronunciarse sobre los mismos.

En consecuencia, debemos afirmar que la propuesta de la justicia penal restitutiva, es un mecanismo de esencial protección para la víctima, tutela que se dirige a efectivizar la reparación de los perjuicios materiales o morales ocasionados al afectado por el delito; así, la búsqueda de la reparación del daño infligido, pretende evitar la solución tradicional del conflicto penal, mediante la imposición de una consecuencia jurídica sancionatoria, tal situación que sólo es posible en caso de acontecer una condena, deja incluso en estos casos, incierta la posibilidad de lograr efectivamente un resarcimiento al daño ocasionado por el delito, mediante la confluencia del ejercicio de la acción civil. A esa solución punitiva, que ni aún condenando al justiciable alcanza a satisfacer el interés de la víctima,

383. Ver en tal sentido BOVINO Alberto "Participación de la víctima.." op cit. p. 99; además CAFFERATA NORES José I. "La víctima del delito.." op. cit. p. 288; NEUMAN Elías "Mediación y Conciliación .." op. cit. pp. 51 a 53; RIVERA LLANO Abelardo "La victimología" Un problema criminológico. Ediciones Jurídica Radar, primera edición. Santa Fé de Bogotá. Colombia 1997 pp. 289 a 294.

se antepone el modelo restitutivo, que busca como efecto directo y principal, que la víctima obtenga la reparación del daño sufrido, en un periodo relativamente breve, con ello se alcanza una solución real y palpable para el ofendido, solución que el mecanismo de la pena –huelga reconocerlo– no esta en capacidad de brindar.

Ese contexto nos permite afirmar, que como efecto central la justicia reparatoria pretende ser un mecanismo protector de la víctima –pero protección efectiva y no aparente– pues se dirige a satisfacer sus intereses y expectativas como damnificado del delito. Como efecto periférico se pretende minimizar la violencia estatal que por medio de la pena se genera, lo que importa a su vez, un beneficio para el inculpa del delito que evita el sufrimiento que acarrea el proceso penal y la pena en caso de resultar condenado ³⁸⁴.

La opción por un modelo de justicia restitutiva, significa romper un paradigma, de los sistemas penales vigentes desde la concepción clásica, el que la pena es la única medida viable y eficaz para reprimir el delito, la crisis actual del modelo absoluto, que basa su solución en el sistema binario de la sanción penal, permite ir configurando en una opción más viable, la justicia consensual, para reparar los males causados como derivado de la actividad delictiva ³⁸⁵, ello inclusive, si mantienen las diferencias, puede adoptar en el derecho penal una opción de tercera vía, mediante la reparación y a su vez –pero con fines diferentes–, la inclusión en el ámbito del proceso penal de los modelos de justicia restitutiva.

Así, al apostar por un sistema que tenga como eje central, la protección de la víctima, no significa per se, adherirse a una política criminal dirigida contra el presunto autor del delito, esta visión –por cierto reduccionista– de algunos sectores de la victimología, debe ser rechazada, pues impulsar proyectos de protección a la víctima, no significa disminuir o desproteger los intereses de las personas que son afectadas por la persecución penal.

384. En esa línea argumental BOVINO Alberto "Participación de la víctima." op. cit. p. 100.

385. Sobre las concepciones de la justicia reparatoria como tercera vía en los esquemas de justicia penal ver "LLOBET RODRIGUEZ Javier "Conciliación imputado-víctima." op cit. pp. 205 a 206; NEUMAN Elías "Mediación y Conciliación.." op cit. pp. 89-90; BOVINO Alberto "Participación de la víctima.." op. cit. pp. 102-103; CANCINO José Antonio "El derecho penal, la tercera vía y el principio de legalidad" en El Derecho Penal Español de fin de siglo y el derecho penal latinoamericano" Homenaje a Enrique Bacigalupo. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibañez. Santa Fe de Bogotá. Colombia. 1999 pp. 85-86. Decididamente le apuesta a la reparación como tercera vía Roxín quien señala: "El atractivo del fomento del instituto de la reparación en el derecho penal radica, en primer lugar, en su efecto preventivo general en su mejor sentido. Si bien no es necesariamente la única vía, la paz jurídica se ve restablecida en los pequeños delitos fundamentalmente con el resarcimiento de la víctima y la conciliación entre ésta y el autor. De este modo el conflicto se soluciona, se restablece el orden jurídico y se muestra la fuerza prevalente del derecho de una forma clara para la población. Pero también, en la misma medida, la introducción de la reparación y la conciliación entre autor y víctima en el sistema sancionatorio es adecuada a las exigencias de prevención especial. Por que el autor se ve obligado a enfrentarse internamente con el hecho, y sus consecuencias, a ayudar a la víctima mediante prestaciones activas y, en definitiva, a despegar una tarea resocializadora. La reparación también evita las consecuencias desocializadoras de otras sanciones y, por ello es satisfactorio desde el punto de vista de la socialización. Finalmente entre todas las instituciones con relevancia sancionadora, la reparación y la conciliación entre autor y la víctima son las que menos dañan el ámbito personal de autonomía del autor. La relevancia sancionadora de la reparación y el acuerdo entre el autor y la víctima es por tanto un ejemplo modélico de la política criminal que defiende y el motivo por el que hace ya quince años que me comprometo con ella". ROXIN Claus "La Evolución de la Política Criminal, El Derecho Penal y el Proceso Penal". Traducción de Carmen Gómez Rivero y María del Carmen García Cantizano. Tirant lo Blanch. Valencia. España. 2000 ps 35 a 36.

Además, es importante señalar que desde un plano material –y no solo formal– los intereses de la vendeta penal no siempre son coincidentes con los intereses de la víctima, estudiado como sujeto concreto y personificado. La visión que permitió homologar una reacción indeclinable de la pena, como unida a los intereses comunes de la víctima, solo es posible a través de una concepción objetivizada del ofendido, que mantiene una direccionalidad de exclusión respecto de la solución de los conflictos. La visión de la víctima vengativa, es un estereotipo que ha perdido vigencia, a la víctima por sobre todo le interesa la reparación del daño causado por el delito –reparación que insistimos no brinda la pena– y le interesa una reparación pronta y cumplida –expectativa que no cumple el proceso penal– que le permita volver al 🌱

Si a lo anterior abonamos, que los modelos de justicia restitutiva, pueden aportar importantes y decisivas soluciones para ciertas franjas de la criminalidad, que no debe circunscribirse al criterio legal de gravedad del delito –artículo 18 CP– por el cual, más de tres años de prisión, permiten entender que el delito es grave; y que dichos aportes, pueden contribuir a mejor resolver los conflictos, de una manera más justa –téngase en cuenta la inflación punitiva sobre todo en delitos patrimoniales– y además con mayor celeridad; nos daremos cuenta que estos sistemas, en la realidad diaria de los tribunales son un importante instrumento, para tutelar los derechos de la víctima y para reducir los niveles de violencia penal formalizados, en tal sentido, debe tenerse en cuenta, que la justicia restitutiva permite obtener al menos los siguiente beneficios: a) una solución expedita al conflicto planteado, con lo cual se evitara un desgaste en la víctima; b) precisamente por lo anterior, una evitación del proceso de multivictimización –que es lo más triste– sin solución real alguna para la víctima; c) la recuperación de la paz interpersonal de los sujetos, lo cual mediatiza la paz comunitaria; d) devolución de la confianza en la víctima, ante la efectividad del sistema penal para prestarle debida tutela; e) la erradicación de la tentación de la venganza privada, como ajusticiamientos o linchamientos, los cuales son realidad en países vecinos, aunque tengan pena de muerte; f) el cumplimiento de una pronta y debida justicia; g) la evitación de los fenómenos nocivos carcelarios, tanto a nivel de detención provisional como de pena de prisión en las personas privadas de libertad; h) el prevenir problemas carcelarios por la saturación de los centros penales y la reducción de la bochornosa mora de reos sin condena; i) la evitación de la saturación de procesos penales, tanto en los órganos de investigación –policía-fiscalía– como a nivel de juzgados y tribunales, y por ende la mayor efectividad de dichas agencias en la investigación del delito de superlativo impacto y su juzgamiento cuando sea necesario.

VI. LA JUSTICIA RESTITUTIVA (¿OPCIÓN DE TERCERA VÍA?).

Un movimiento importante de un sector de la doctrina penal, propone que los modelos de justicia reparatoria, configuran una tercera vía dentro del modelo de justicia penal, que tradicionalmente ha reconocido a la pena –primera vía– y a las medidas de seguridad –segunda vía– como opciones de solución frente al fenómeno delictivo, para ello se señala, que la reparación permite también alcanzar los fines que se le signan a la pena, ora como prevención general ora como prevención especial ³⁸⁶.

Se reconoce entonces, que los modelos de reparación, tienen como fuente de legitimación, el principio de subsidiariedad, y que la opción de la tercera vía, permite entender estos modelos, dotados de un carácter sancionatorio, con lo cual, se esta diciendo, que su utilidad dependerá en primer caso, de si contemplan las expectativas de la pena respecto de sus efectos intimidatorios, de motivación, de fidelidad a la norma, o de carácter resocializante; de no ocurrir ello, y al no lograrse tales efectos, el sistema penal debe rechazar, las propuestas resarcitorias, aunque se desconozca el interés de la víctima³⁸⁷.

En tal sentido, los fines preconizados a la pena, quedan privilegiados por sobre el interés de la víctima individual, es decir, más que tutelar los intereses del afectado por el delito, se magnifican los efectos preventivos de la pena, ergo del interés penal y estatal ³⁸⁸; y precisamente esta solución que significa al final, el mantener un modelo de exclusión de la víctima, es el que ha permitido a otro sector importante de la doctrina, rechazar la opción de una tercera vía con tales características, o sea que signifique una limitación a la determinación de la víctima, bajo un interés superior de los fines de la pena, que excluye y vuelve al ofendido a su pasado ostracismo³⁸⁹.

La relación entre justicia resarcitoria y fines de la pena, puede ser abordado a partir de los aportes de la doctrina bajo una visión tripartita:

a) Como primer objeto de examen puede abordarse, el fin retributivo

386. En esa línea de pensamiento Roxin, para quien la reparación del perjuicio de la víctima puede cumplir análogamente los fines de la prevención general o especial de la pena. Ver ROXIN Claus "La reparación en el sistema de la Pena" en *De los Delitos y de las Penas*", Editorial Ad-Hoc, Buenos Aires, Argentina, 1992, p.154.

387. Esa es incluso la visión del Proyecto Alternativo sobre la Reparación del daño en Alemania, según lo informa CESANO José Daniel "Reparación y Resolución del Conflicto Penal". Su tratamiento en el código penal argentino.AA. VV. "Nuevas Formulaciones en las Ciencias Penales". Homenaje al Profesor Claus Roxin. LERNER. Córdoba. Argentina. 2001 ps. 506 a 507.

388. Confrontar el pensamiento de PAVARINI Massimo "Menos cárcel y más medidas alternativas" en "Cuadernos de la Cárcel". Editorial Buenos Aires. Buenos Aires. Argentina. 1991, p. 187.

389. Sobre la pena y los fines que persigue, se han matizado diferentes teorías, las primeras se calificaron de absolutas, en el sentido que pretendían devolver tanto mal al delincuente como el que este hubiera causado, si descansaban en un fundamento estrictamente moral (pensamiento kantiano y neokantiano) se le denomina retribucionismo moral –las ideas centrales de esta corriente del pensamiento, están influidas marcadamente por una ideología religiosa, y descansan en la tripartita concepción de que la pena, es una venganza infligida al culpable, que la pena es un mecanismo de expiación, y que la pena es un mecanismo equilibrador entre el hecho delictuoso realizado y el daño que la sanción irroga al delincuente–

de la pena aunque la mayoría de la doctrina entiende que esta finalidad esta superada, su reconocimiento dentro del sistema sancionatorio, no puede dejar de afirmarse –ello ocurre así en la sanción penal por más atemperada que esta sea– ya que las consecuencias jurídicas del delito siempre significaran una disminución en los derechos fundamentales de quien los soporta, el sentido retribucionista se mantiene aunque de manera indirecta.

Pues bien, lo que se rechaza en principio –y nos parece correcta la tesis– es que la justicia retributiva, importe un sentido retribucionista de la pena de manera directa, ello es así, por que ambos modelos son incompatibles entre si, como lo es la justicia retributiva respecto de un modelo inflexible del principio de legalidad formal.

La incompatibilidad –respecto del primer enunciado– deviene en que un modelo basado en la pena como fin en sí misma, se decanta por que al injusto culpable, le debe corresponder necesariamente una pena –al injusto sin culpabilidad una medida de seguridad según algún sector de la doctrina– tal postura sin embargo, debe ser rechazada bajo la égida de un derecho penal que se tenga por liberal –en el estricto sentido y no bajo el ropaje de un doble discurso– en el cual se le da prevalencia al principio de protección de bienes jurídicos, protección que debe dispensarse por diversas formas, teniéndose en cuenta que la solución mediante la pena –cuando el bien jurídico ha sido ya injuriado o puesto en peligro– debe ser la ultima opción, encaja aquí el modelo resarcitorio, como un sistema que puede dispensar una protección más adecuada y eficiente a los bienes jurídicos en una visión ex post al delito –también la pena funciona como protección a posterior aunque desde una perspectiva excluyente de

390. Cuando el fundamento radica en el aspecto jurídico (pensamiento Hegeliano y post-hegeliano) se le califica como retribucionismo jurídico –para esta escuela del pensamiento, la violencia que se causa por el delito, sólo puede ser eliminada por la violencia que se dispensa mediante un acto de retribución, pero bajo un enfoque juricista, así resultando ser el delito la negación del derecho, la pena se constituye en la negación del delito (una negación de la negación en el esquema dialéctico hegeliano) y sólo de esa manera, es posible restablecer la vigencia del derecho. Desechada la idea que el derecho penal (y la pena) sean un instrumento legitimador de la venganza, las teorías precitadas devinieron en inadmisibles y se postularon otras que han sido calificadas de relativas, una de ellas, pone el énfasis de la finalidad de la pena, en el aspecto intimidatorio que la pena irradia tanto para el delincuente como para las restantes personas, y por ello se denomina teoría de la prevención general. La restante es designada como de la prevención especial, y primigenia como fin de la pena, el tratamiento que se le dispensa al condenado en los recintos carcelarios, para lograr su resocialización e insertarlo como un nuevo ser a la sociedad. Ambas teorías diáfanas en su planteamiento teórico, han resultado ser una verdadera entelequia en la praxis –al menos para los que nos movemos en el plano de la dolorosa realidad– pues ninguna de ellas, ha mostrado la eficacia esperada en la constatación sociológica respecto de la solución del conflicto llamado delito, ello generó un interesante replanteamiento, del problema de los fines de la pena (que en este momento es todavía actual) y que desembocó en un tratamiento ecléctico de ambas teorías; ello ha permitido proponer una disyunción en las modelos preventivos de la pena que ahora se califican de positivos, cuando a la pena se le signa una finalidad de confirmación del derecho, es decir es una ratificación en clave valorativa para toda la comunidad, lo que se afirma son los valores compartidos y resguardados a través de las normas, que conceden protección a especiales bienes; la prevención es negativa, cuando trasluce un sentido disuasorio o intimidatorio, para procurar que los restantes miembros de la comunidad se abstengan de realizar actos delictivos, y para tal fin, se instrumentaliza y objetiviza al señalado como delincuente. En cambio, en la vertiente de la prevención especial positiva, la finalidad sancionatoria esta dirigida siempre, a buscar la reeducación del convicto, mediante el tratamiento carcelario de distintos niveles; y en su aspecto de prevención especial negativa, lo que se pretende sencillamente es inocular al delincuente o extirparlo del tejido social. Cual de las vertientes expresadas abrazar, significara una asunción de postura ideológica, respecto de la concepción que se tenga mas o menos digna del hombre como ser supremo, y ello esencialmente no es objeto de esta reflexión, pero lo que si se debe anticipar es que los fines de la pena –que en apretado epitome– hemos reseñado, no deben confundirse con otros institutos jurídicos, ergo la conciliación que tienen un plano diferente de sustentación en los modelos de justicia penal, pero a ello oportunamente nos referiremos infra. Para tener una visión extensa y crítica de la teoría de la pena y sus fines ver MIR PUIG Santiago “Introducción a las Bases del Derecho Penal. Concepto y Método”. Editorial Bosch. Reimpresión. Barcelona. España. 1982. ps. 60 a 109.

la víctima y adherente a los fines estatales— pues sólo de esa manera se logra tutelar materialmente y más convenientemente los daños irrogados a la víctima.

b) Como segundo punto, debe examinarse la argumentación que vincula al modelo resarcitorio con los fines preventivos de la pena ³⁹⁰. Un sector importante de la teoría, rechaza de plano la opción de los modelos de justicia restitutiva o reparatoria como una tercera vía del derecho penal, en el sentido de opción a las dos vías ya transitadas ³⁹¹, pues señalan —en nuestra opinión con razón— como incompatibles los fines del modelo la justicia restitutiva, con los fines preventivos en su visión absoluta, que informan actualmente al derecho penal, a estos últimos se ha dicho, corresponden únicamente fines de carácter preventivo vinculados a la vigencia normativa, como medio regulativo de protección de bienes jurídicos, que en manera son identificables, a la restauración del daño material individual causado ya por el hecho punible, finalidad que ex profeso pretenden los modelos de justicia reparatoria, como solución que verdaderamente no se alcanza con la pena de prisión.

Quienes propugnan por un sistema de tercera vía —entre ellas figuras tan connotadas como Roxin— entienden que los modelos de justicia restitutiva —incluida la conciliación— son viables, pero sólo bajo ciertas condiciones, las cuales se traducen en que los institutos afianzados sobre la base de la justicia reparatoria, debe cumplir en todo caso los fines de la pena, es decir los que se le reconocen a la sanción penal respecto de la tutela de los bienes jurídicos y del orden normativo; así se señala que, las soluciones en las que medien decisiones reparatorias, deben ser compatibles con ideas de prevención y especialmente de prevención general positiva —en el sentido que la reparación permite volver al ~~el~~ ~~el~~ con ello se logran colmar las expectativas sociales, lográndose una afirmación del derecho— pero además se le vincula a fines resocializantes respecto del presunto autor, en el sentido que enfrentar la realidad del

391. Una parte de la doctrina penal, se decanta por el manejo del sistema llamado "binario", que es el que acuña penas y medidas de seguridad aunque en planos separados; en tal sentido la pena como solución al conflicto penal surgió como una respuesta de primera vía —desde von Feuerbach y von Listz—; como segunda vía introducida desde la noción de la peligrosidad resultan las medidas de seguridad —inicialmente propuesta por E. F. Klein y posteriormente por Carl Stoss en el proyecto de Código Penal Suizo— y luego potenciada por la llamada escuela positiva italiana; los modelos de justicia restitutiva, para ciertos tratadistas conformarían una tercera vía como opción frente al ilícito. Sobre el desarrollo de las dos primeras vías confrontar: STRATENWERTH Günter "Derecho Penal. Parte General I. El Hecho Punible". Traducción de la 2ª edición alemana por Gladis Romero. EDESA. Madrid. España. 1982 pp 9 a 25.

392. En tal sentido se expresa "Resulta que la reparación en el sentido indicado puede ser efectiva desde los puntos de vista preventivo general y especial. Su consideración en el sistema de sanciones no significa desde el punto de partida aquí defendido reprivatización alguna del derecho penal, ni tampoco la introducción de un nuevo fin de la pena. La restitución es, en lugar de ello, una prestación autónoma que puede alcanzar los fines tradicionales de la pena y que en la medida en que lo consiga en concreto debería sustituir a la pena o ser computada para atenuarla". Roxin Claus "la reparación en el sistema de los fines de la pena" citado por BOVINO Alberto "Participación de la víctima..." Op cit. p102. En igual sentido se pronuncia Roxin sobre los fundamentos de su visión de la reparación como tercera vía en ROXIN Claus "Derecho Penal". Parte General. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito. Traducción de Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Colledo, Javier de Vicente Remesal. Civitas. Madrid. España. 1997 p 109.

delito y sus consecuencias, así como el acercamiento a la víctima, generan un efecto beneficioso, responsable y reflexivo que puede servir más que la imposición de una pena ³⁹².

) El fundamento de que los modelos reparatorios, constituyen una nueva forma de solucionar el conflicto penal, simplificando la tradicional respuesta punitiva. Es por ello que, aceptar que los fines de la pena en su sentido tan absoluto, sean guías rectores de la justicia retributiva ha merecido –a nuestro entender– fundadas objeciones de otro sector no menos importante de la teoría, en tanto que esta finalidad instrumental que se pretende hacer de los modelos retributivos por medio de los fines de la pena, desplazaría el genuino interés de la víctima en resolver el conflicto de manera anticipada. De ahí que, si se pretende implantar los modelos de justicia retributiva, como nuevos formas opcionales reales para resolver los conflictos, los fines de la pena no pueden ser admitidos de manera tan absoluta, y sobre todo en la esfera del derecho procesal, pues estos –los fines de la pena– tienen como referente, jerarquizar la voluntad de la víctima a merced de los intereses del Estado, como un criterio de exclusión de ésta de la solución del conflicto penal, con ello se arribaría a la negación del principio de intervención penal mínima del Estado, y paradójicamente a una ampliación de las formas de control social que mantiene inalterable la política de excluir a los verdaderos y más importantes sujetos –imputado e víctima– del drama penal ³⁹³.

En suma, es conveniente concluir en el sentido que, aceptar que la justicia retributiva –y la conciliación que es una forma instrumental de ella, así como la reparación integral del daño– constituya una tercera vía del derecho penal, es aceptar la consecuencia de que ambas deben r

393. En este sentido, debemos expresar que las formas de justicia reparatoria o retributiva, no requieren para su operatividad, de fundarse en fines preventivos generales o especiales de la pena, esta idea nos parece que adolece de un grave error conceptual, en el sentido de predicar de un instituto de naturaleza procesal, características básicas de otro instituto como lo es la pena que pertenece estrictamente al derecho penal. De seguirse esta línea de pensamiento, habría que sostener, que otros modelos propios del derecho procesal penal, también deberían responder a este esquema ergo la prisión preventiva, la diversión, la Probación, etcétera.; y es que, no desconocemos que entre derecho penal y derecho procesal penal, media una estrecha relación sistemática, pero a su vez no creo que político-criminalmente sea más conveniente predicar las mismas características, en tanto modelos disímiles para resolver la cuestión del conflicto penal. En virtud de ello, debe tomarse muy en cuenta respecto de los fines de la pena, que cuando se impone una consecuencia jurídica del delito, se hace frente a una persona ya declarada culpable, situación que no acontece respecto de la conciliación o la reparación integral del daño, pues en este caso, se está en presencia de una persona con status de inocente, de quien son impreciables dichos fines, a menos que se invierta –de manera intolerable– el axioma y se parta de que la persona imputada por el delito es culpable. Por otra parte, parece que se incurre en una confusión conceptual entre lo que representan los fines de la política criminal y los fines de la pena, aunque se reconoce la vinculación entre los mismos, ellos no representan un mismo objeto, así puede acordarse, de que por directrices de política criminal determinados comportamientos delictivos queden fuera de la posibilidad de conciliación, según los parámetros que el legislador adopte, pero esta decisión político criminal, no significa per se que la conciliación en cuanto excluye o incluye ciertos tipos penales, responda por ello a fines preventivos de la pena. La diferencia estriba a nuestro entender, que para quienes manejan el discurso de los modelos reparatorios como una tercera vía del derecho penal, mantienen la solución del conflicto mediante la figura de la sanción penal y de sus fines, por consecuencia mantienen el esquema de exclusión de la víctima y del imputado como sujetos aptos para resolver el conflicto, permitiendo al poder estatal apropiarse del conflicto cuando así convenga a sus fines; por el contrario la solución alterna de conflictos en los cuales se inserta la justicia consensuada, pretende apartarse del modelos de justicia punitiva, y por mecanismos diversos presentar alternativas de solución, en los cuales la inclusión de la voluntad de víctima e imputado, sean decisivos para resolver el conflicto según convenga a sus intereses, con exclusión de los intereses del Estado.

esponder a los fines direccionales de la pena. Tal solución significaría permitir nuevamente que la víctima –cuando así lo decida el Estado por medio de jueces o fiscales– sea excluida de un conflicto que materialmente le pertenece, para privilegiar fines de carácter preventivos absolutos ora generales o especiales, ello significará para el verdaderamente afectado por el delito –que no lo es el Estado– someterse al tormento de Sisifo, el cual viene padeciendo desde que el modelo Inquisitorial sentara sus reales en la solución de los conflictos, y el cual parece aún tomar nuevos bríos impulsados por más modernos y refinados Torquemadas, bajo el discurso apologético de la prevención o la verdad real.

Por ello entendemos que la apuesta de una tercera vía en el derecho penal de fondo, a partir de figuras como la reparación del daño causado, inclusive reconociendo fines preventivos de la pena atemperados, es una visión interesante que merece ser seriamente discutida, y que puede figurar en una verdadera opción de política penal humanista –tal cual la concibe Roxin– pero circunscrita como lo expresamos al derecho penal material. Con ello, estamos diferenciando este modelo de tercera vía que puede campear en el derecho penal, de las opciones de justicia restitutiva, las cuales deben ser tratadas en el ámbito del derecho procesal penal, y así están reconocidas de lege lata en nuestro ordenamiento jurídico procesal; sólo de esa manera, a nivel de la disponibilidad de la persecución penal, se permitirá a la víctima ser un sujeto y no un objeto del derecho, que puede decidir por sí mismo los rumbos de su conflicto, velando por sus intereses, los cuales desde antaño le han sido recurrentemente negados, por quien se supone que esta a su servicio para vigilar por el cumplimiento de los mismos.

VII. NUEVAS OPCIONES PARA LA JUSTICIA RESTITUTIVA

Que la víctima sea resarcida por el delito, es una finalidad que ya desde varios lustros, las Naciones Unidas vienen impulsando al nivel de varias declaraciones, para tal efecto, en el Séptimo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente celebrado en Milán, Italia del 26 de agosto al 6 de septiembre de 1985 se realizó por el pleno del congreso la “Declaración sobre los Principios Fundamentales de Justicia para las Víctimas de Delitos y del Abuso de Poder”. Esta decisión fue adoptada por la Asamblea General de Naciones Unidas en la resolución 40/34 del 29 de noviembre de 1985.

Dentro de los principios fundamentales que se indicaron en la declaración de Milán para garantizar a las víctimas del delito un acceso pronto y justo a los niveles de justicia, están en lo pertinente los que a continuación se detallan: (I) “Acceso a la justicia y Trabajo justo: 4) Las víctimas serán tratadas con compasión y respeto por su dignidad. Tendrán

discutida por los organismos regionales en las reuniones preparatorias³⁹⁴ y los fundamentos que se consideraron sobre la importancia de tal temática fueron los siguientes: 1) Que en los sistemas que imputan a los delincuentes como consecuencia de su responsabilidad penal las sanciones, es conveniente también que sean observados criterios de justicia restitutiva; 2) Que tales modelos de justicia son necesarios al reconocerse los problemas múltiples que se derivan a partir del encarcelamiento, iniciando por lo oneroso del sistema penitenciario, y los déficit que sociales que ellos implican, así como el problema de hacinamiento, carcelario, la recurrencia de la criminalidad en la realidad social y que al final la respuesta de la pena no permite tampoco una participación suficiente de la víctima para ser tutelada en sus derechos; 3) Que ciertamente los criterios de justicia restitutiva ofrecen un entorno propicio para el restablecimiento de la armonía social mediante la reconciliación entre el delincuente y la víctima, ello mediante instrumentos como la reparación y la mediación, con lo cual hay un énfasis más en la satisfacción de las necesidades de los intervinientes, que en la reacción punitiva del Estado³⁹⁵.

El fundamento de la justicia restitutiva en este marco, es asegurar el equilibrio adecuado entre las necesidades y los intereses de la víctima y los derechos del delincuente. También se hizo énfasis en que tales medidas, son una adecuada opción para evitar y reducir los problemas del encarcelamiento, por lo que este modelo, debe ser propiciado a nivel nacional y se indicó que “la justicia restitutiva puede constituir en muchos casos una respuesta suficiente para la delincuencia”³⁹⁶.

En cuanto a las medidas de justicia restitutiva en el proceso de justicia penal, se realizaron diversas propuestas, todas ellas importantes pero las que interesa resaltar en esta reflexión son las siguientes: a) Es importante señalar que en la visión de Naciones Unidas, la justicia restitutiva no sólo esta contemplada para delitos menores o llamados menos graves, sino que también es factible vincularla a delitos de mayor gravedad. Literalmente en la recomendación 55 de la guía de deliberaciones se indicó: “La restitución y la reconciliación entre la víctima y el delincuente se consideran factores importantes para el restablecimiento de la paz social cuando se trata de delitos violentos”. Sobre este tópico, ya en la reunión preparatoria de América Latina y el Caribe, al discutirse el alcance de los delitos a los que debería estar circunscrita los mecanismos de justicia reparadora, se concluyó que dichos mecanismos deberían excluir únicamente los delitos excesivamente violentos, no atendándose a parámetros de gravedad legal, que en la mayoría de los textos situaba los delitos menos graves hasta tres años de prisión y los graves cuando rebasaba dicho

³⁹⁵. Naciones Unidas. Asamblea General. Décimo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente. A/CONF. 187/ PM. 1. Guía de Deliberaciones... op. citi p. 14.

³⁹⁶. Naciones Unidas. Asamblea General. Décimo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente. A/CONF. 187/ PM. 1. Guía de Deliberaciones... op. citi p.15

límite ³⁹⁷.

b) En la recomendación 56 se señaló, que los mecanismos de justicia reparatoria no deben entenderse como instrumentos que configuren un negocio privado, y deberían estar previstos necesariamente en los procedimientos judiciales ordinarios, señalándose que para la mejor solución de los conflictos, los mecanismos de justicia reparatoria deberían implementarse restrictivamente, es decir sin los ritualismos de la formalización de los sistemas penales. El comentario es importante, por que bajo un esquema excesivamente formalizado como lo son las agencias penales, el rito del procedimiento, puede desnaturalizar la finalidad de los mecanismos de justicia reparatoria, es por ello que la implementación de los mismos, debe ser buscando la solución del conflicto de las partes, más que a meras interpretaciones literales de la ley, que en lugar de resolver el conflicto lo complican, bajo una aureola de sacralización de la justicia y de los que la imparten. Sin embargo es notorio, que dichos mecanismos queden sujetos al control de la legalidad del proceso, ello es importante por que significa que los sistemas de enjuiciamiento penal deben potenciar estos modelos y no reducirlos.

c) En la recomendación 57 se dejó claramente establecido, que la justicia reparatoria debe respetar el imperio de la ley, así como el principio de proporcionalidad, debiéndose tutelar los intereses de la víctima, pero también los derechos del delincuente, ello significa que la vía reparatoria no es un instrumento que deba ser ejercido como abuso de los derechos ³⁹⁸, por su importancia conviene citar el texto literal: “Cuando aplican

397. La propuesta para ese marco de desarrollo de la justicia reparatoria, vinculándola a la mayoría de delitos, salvo aquellos delitos de excesiva violencia o de criminalidad organizada o asociativa fue realizada ya en la Reunión preparatoria de América Latina y el Caribe por la Delegación de El Salvador, moción que fue secundada por Argentina, Costa Rica, Ecuador, Chile, México, Colombia, Nicaragua, entre otros, siendo al final aprobada dicha propuesta para someterla al conocimiento del Décimo Congreso sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente.

398. Es importante indicar en este punto, que la conciliación o la reparación no es instrumento de coercibilidad respecto del imputado, por el cual éste pueda ser obligado bajo la amenaza de la continuación del procedimiento, a llegar a un arreglo conciliatorio con la víctima, en virtud de ello, no parece conveniente, la propuesta de la Fiscalía General de la República anunciada en el Primer Foro de la Comisión Coordinadora del Sector de Justicia denominado: “El sistema Penal Salvadoreño: su experiencia, combate y prevención de la delincuencia”, en la cual se pretende que la conciliación sea un mecanismo que pueda resolver el conflicto penal en sede fiscal. Hay dos objeciones en ese punto, la primera de ellas, es el escaso compromiso del Ministerio Fiscal con el respeto de las garantías fundamentales de las personas, en tal sentido es ilustrativo, que en este mismo foro que se ha señalado, sólo que en la mesa de la Procuraduría General de la República, se abordó la problemática del acceso a las investigaciones fiscales, cuando el reo no está detenido, aunque haya sido ya señalado como posible imputado, en el sentido que dichas investigaciones son negadas sistemáticamente bajo múltiples formalismos, si ello es así, en un área tan sensible como la inviolabilidad de la defensa, es razonable inferir, una probabilidad de abuso de poder que debe ser prevenida, por lo cual no parece conveniente, que se deje en manos de la Fiscalía, la resolución de si procede y en que casos la conciliación; lo anterior no es óbice, para que la práctica de la conciliación pueda fomentarse en sede Fiscal, aunque siempre homologada por el poder judicial; y aquí llama la atención, que una de las políticas de dirección del Ministerio Fiscal en la práctica judicial, ha sido oponerse a la conciliación como medio alterno de resolución de conflictos. Más allá de estas intelecciones, hay un fundamento ineludible, al Ministerio Fiscal no le está concedida la función jurisdiccional, sino únicamente la de investigación del delito y la función requirente sobre el mismo, en otras palabras la Fiscalía General de la República, no tiene la potestad de resolver los conflictos, tarea que le ha sido confiada única y exclusivamente a los jueces a partir del artículo 172 de la Constitución que dice: “La Corte Suprema de Justicia, las Cámaras de Segunda Instancia y los demás tribunales que establezcan las leyes secundarias, integran el Órgano Judicial. Corresponde exclusivamente a este Órgano la potestad de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado en materia constitucional, civil, penal, mercantil, laboral, agraria y de lo contencioso-administrativo, así como en las otras que determine la ley”. En suma, la resolución de un conflicto penal, en cuanto solución por mandato constitucional, no le está confiada al ministerio fiscal, sino al poder judicial, y sólo a estos corresponde solucionar el conflicto mediante el aval de la conciliación. Sobre este particular, y los abusos que se pueden devenir, para lo cual debe estar siempre atento, en el sentido que no signifiquen derogaciones tácitas de garantías, de manera muy crítica lo informa FERRAJOLI Luigi “Derechos y Garantías”. La ley del más débil. Editorial Trotta. Madrid. España. 1999 p. 26

medidas de justicia restitutiva, el mediador asegura el respeto del imperio de la ley (incluido el principio de proporcionalidad), así como la protección de los derechos del delincuente y los intereses de la víctima, teniendo presente que los dos no son mutuamente excluyentes: la protección de la víctima no necesariamente resulta en restricciones de los derechos del delincuente.³⁹⁹

d) También es oportuno indicar, la promoción que se hace de la justicia restitutiva, como mecanismo suficiente para resolver los conflictos penales entre imputado y víctima, sin necesidad de tener que mantener el ejercicio de la acción penal, el procesamiento del justiciable y buscar la pena como medio de solución, lo cual como ya lo hemos insistido debe ser utilizado como mecanismo de ~~h~~ cuando por la inusitada gravedad de la imputación, la resolución de la misma ya no pueda quedar vinculada únicamente a la decisión de los involucrados materialmente, y sea necesaria la intervención del sistema punitivo; de igual manera, es importante el límite que se señala a estos medios de justicia reparatoria, en el cual, no obstante la restricción –que es plausible– se evita caer en etiquetamientos peligrosos de derecho penal autoral –como erradamente lo hace el Código Procesal Penal– al catalogar a la persona como reincidente o habitual, sobre ello se indicó en el documento citado: “La solución eficaz del conflicto puede obviar la necesidad de un enjuiciamiento formal, particularmente cuando la aplicación satisfactoria de medidas de justicia restitutiva apoya la prognosis de que el delincuente no cometerá más delitos”⁴⁰⁰.

e) Por último, es importante la visión que se tiene de que los modelos de justicia restitutiva, son un mecanismo idóneo, para evitar la saturación de las distintas agencias del sistema penal, y que ello contribuirá a una mejor administración de justicia, tanto en lo que respecta a su celeridad, así como a la eficiente investigación del delito, y su sometimiento a juzgamiento de los justiciables cuando sea necesario, el texto literal es el que sigue: “La aplicación de programas de justicia restitutiva ayudará a reducir la carga de causas asegurará que el sistema de justicia penal se ocupe sólo de los casos en que se requiere una intervención formal y firme del sistema. La administración de justicia penal puede, de esta forma, concentrarse en un número limitado de casos en que los sospechosos disfruten de los beneficios de un juicio justo en lugar de ser privados de su libertad en forma provisional y, tras meses de detención, ser puestos en libertad sin una audiencia (juicio) formal”⁴⁰¹.

399. Naciones Unidas. Asamblea General. Décimo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente. A/CONF. 187/ PM. 1. Guía de Deliberaciones... op. citi p.15

400. Naciones Unidas. Asamblea General. Décimo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente. A/CONF. 187/ PM. 1. Guía de Deliberaciones... op. citi p.16

401. Naciones Unidas. Asamblea General. Décimo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente. A/CONF. 187/ PM. 1. Guía de Deliberaciones... op. citi p.16

Como se nota de todo lo expuesto, los sistema de justicia restitutiva, son modelos importantes en el funcionamiento de los sistemas penales, son por así decirlo una necesidad, para lograr parámetros aceptables de una buena justicia, y esta opción de legitimación, no sólo aparente sino real, pasa indefectiblemente por todas las corporaciones del sistema de justicia penal, estando involucrados la agencia policial, la agencia fiscal, la defensoría pública, la judicatura, la Procuraduría de Derechos Humanos como contra lor de todos los anteriores; pero también, de manera importante y decisiva, permite en verdad resolver los conflictos de los gobernados, de una manera más armónica y evitando al máximo la reproducción de esquemas de violencia, propios de los sistemas carcelarios ⁴⁰². De ahí la prácticamente las vías de la conciliación y la reparación, de una manera tan absoluta mediante las múltiples reformas legislativas.

VIII. CATARSIS.

Con la instauración de un nuevo modelo de justicia penal, que tenia por centro la oralidad de las actuaciones –necesariamente entonces– debería formularse una forma de enjuiciamiento con tendencia acusatoria, para lo cual, es imprescindible el diseño de unos mecanismos que un sector de la doctrina califica como de medidas alternas al juicio, ello tenía una finalidad esencial, simplificar las formas de respuesta punitiva, para evitar la saturación tan perjudicial para todo sistema de justicia, y nociva para aquellos tipologías con matices acusatorios importantes. Dentro de dichos mecanismos, específicamente en el área procesal, es plausible encontrar verdaderos instrumentos de la denominada justicia restitutiva, propiamente podríamos ubicar a la conciliación –artículo 32 CPP– y la reparación integral del daño –artículo 31 N° 9 CPP– también podría en alguna medida ubicarse como un mecanismo de justicia restitutiva al instituto de la “Probation”, que entre nosotros se ha denominado como suspensión condicional del procedimiento –artículo 22 CPP– ⁴⁰³ ; todos ellos de manera más o menos acentuada, pretenden resolver el conflicto, con satisfacción de los intereses de la víctima y sin tener que acudir a la sanción penal como forma solutiva, por supuesto que la “diversión”, tiene sus propias peculiaridades al establecer reglas de conductas, que en alguna medida son ya restricciones a derechos fundamentales, aunque no con la intensidad de la pena, y sin dejar el etiquetamiento de una

402. Sobre la importancia de las formas de mediación penal para superar la violencia delito-pena y dar propuestas de mejores soluciones al conflicto ver. SAMPEDRO ARRUBLA Julio Andrés “En busca de Nuevos Senderos para la Administración de Justicia en el Área Penal. Una reflexión desde las víctimas, acerca de la humanización del proceso. AA. VV. “La Administración de Justicia”. En los albores del tercer milenio. Comps. Messuti-Sampedro Arrubla. Editorial Universidad. Buenos Aires. Argentina. 2001 ps 251 a 254.

403. Una visión detallada de las particularidades de estos institutos jurídico procesales puede verse en el interesante estudio de RAMIREZ MURCIA Leonardo en “Mecanismos alternos al Juicio en los Poros de la Justicia”. Editorial Universitaria. 1° edición. San Salvador. El Salvador. 2002 ps 83 a 103.

condena, por que no genera antecedentes penales.

Estas formas de solucionar los conflictos penales, enervando la potestad punitiva del Estado en la persecución del delito, tras la meta de una pena privativa de libertad, presentaron una respuesta real, para que las víctimas de los delitos y los imputados de haber causado esos perjuicios a los bienes jurídicos de las primeras, solucionaran de manera expedita, satisfactoria y real los problemas que les había generado el conflicto penal, permitiendo un protagonismo decisivo de la víctima en el ~~del~~ procedimiento –y evitando su neutralización como hubiese ocurrido en el pasado– para decidir cual era la mejor opción a la situación en la cual se encontraba.

Esta efectividad de tales instrumentos, se debía a la amplitud de figuras delictivas que cubría originalmente, haciendo énfasis en la franja de criminalidad que más aqueja nuestra realidad nacional, como lo son los delitos contra la propiedad, sobre todo, de aquella delincuencia que es convencional y marginal, producto de los profundos problemas sociales, económicos, morales, educativos, de integración familiar etcétera, que afectan la estructura del orden social, y ante los cuales, normalmente la víctima no obtenía ninguna reparación efectiva respecto de los daños causados; esa realidad se había ido modificando mediante los instrumentos de justicia restitutiva, por los cuales de manera ágil y efectiva, la víctima lograba verse resarcida de los verdaderos perjuicios causados por el delito; precisamente esa efectividad se ve reflejada en estudios cifrativos parciales que de manera seria demuestran dicha realidad ⁴⁰⁴.

Sin embargo, bajo la bandera de una cruzada contra la delincuencia, enarbolando la seguridad pública como estandarte, y valiéndose de una sistemática campaña mediática ejercida por algunas agencias del sistema penal, y retomada por algunos medios de comunicación masiva, se presentó al nuevo sistema de justicia penal, como una perversa maquina que sólo favorecía los derechos de los delincuentes, y desprotegía totalmente a los habitantes de la República abandonándolas en manos de la criminalidad.

Uno de los institutos más “satanizados”, fue la conciliación a la cual se le adjudicaron diferentes epítetos, todos ellos propiciadores de la delincuencia, y en razón de ello, de manera sistemática el poder legislativo, emprendió un camino selectivo de reformas, que fueron reduciendo a su mínima expresión a la conciliación hasta volverla disfuncional. Los actores del sistema, emprendieron el camino para solventar sus conflictos de manera no formalizada e inefectiva, abocándose al modelo que más se le asimilaba a la conciliación, siendo este la reparación integral del daño ocasionado por el delito, sin embargo, después que los sectores que

404. En tal sentido confrontar RAMIREZ MURCIA Leonardo en "Mecanismos alternos al Juicio..." op. cit ps. 131-134-140

abogan por más prisionalización, se percataron que habían dejado una válvula de escape para que los gobernados, resolvieran participativamente sus conflictos, procedieron a erradicar este mecanismo, dejándola sólo para una minucia de tipos penales, que son intrascendentes en cuanto al impacto que tienen en las agencias del sistema.

Obviamente el colapso se hizo sentir, fiscales con cientos de expedientes que requieren su atención, sin que puedan ser humanamente atendidos por que escasean los recursos y el tiempo, jueces y tribunales saturados y abrumados de trabajo, lo cual comenzó a provocar una demanda, que no puede ser asumida por un sistema con tendencia oral, por que la intermediación de los jueces en este tipo de enjuiciamiento es fundamental, no puede –ni debe– haber delegación. Y entonces se generó el fenómeno esperado, la justicia comenzó nuevamente a ser dilatada, tardía, no pronta ni tampoco cumplida –huelga decir que posteriores reformas han agravado la situación–; ante ello, se ha agudizado nuevamente el fenómeno de la prisión preventiva, y el índice de reos sin condena, que en los albores y medianías del desarrollo del nuevo proceso, había comenzado a decrecer, a comenzado a aumentar nuevamente generando la recurrencia hacia el hacinamiento carcelario.

Dentro de todo este panorama nos preguntamos ¿y la Víctima?. Nos contestamos, la víctima ha sido constituida nuevamente en el “fantasma errante”, su *itinerario* inicia en la delegación policial a donde tiene que acudir a prestar denuncia y entrevista, luego a la sub-regional o regional fiscal o la sede central donde será entrevistada nuevamente, a continuación tendrá que acudir al Juzgado de Paz, para la celebración de la audiencia inicial, ulteriormente tendrá que comparecer al juzgado de instrucción a realizar un anticipo de prueba u otras diligencias; a continuación deberá estar presente en la audiencia preliminar; y si el fiscal lo requiere –y si hay tiempo– deberá acudir nuevamente a la agencia fiscal para preparar el caso.

Finalmente la víctima debe concurrir a la vista publica –con suerte si la vista no se aplaza o suspende– se realizara el debate, el acusado puede ser absuelto o condenado, y aún en este último caso, la víctima no obtendrá ni inmediata ni mediatamente, reparo para los daños ocasionados por el delito. En muchos casos, la víctima cansada de gastar dinero y tiempo, de pedir permisos en su trabajo, de dejar sólo el hogar o de andar cargando los niños, se ausenta totalmente de proceso penal, nadie sabe su paradero, en la casa de residencia niegan su presencia, en resumen hay imposibilidad de asistencia a juicio. La vista publica sin víctima es –al decir de García Márquez– en su generalidad una especie de “crónica de muerte anunciada” para el fiscal; para ello ha pasado largo tiempo –meses– quizá varios aplazamientos, y una suspensión de la vista en espera de la víctima que no apareció nunca más; mientras tanto una persona hasta

ese momento inocente –no ha sido oída y vencida en juicio– espera confinada en prisión preventiva. El resultado final de todo ello, la exclusión de la víctima y la negación del acceso a la justicia, la deslegitimación del sistema penal, la retardación de justicia, el fomento de la impunidad, la agudización de la prisión preventiva. Si todo lo bosquejado tiene algún parámetro de semejanza con el sistema penal salvadoreño actual –después de tanta reforma– es pura casualidad.

CONCLUSIONES

A manera de conclusión sobre las reflexiones que hemos bosquejado podemos señalar las siguientes:

1) Por mucho tiempo y dada la estructura de los sistemas de enjuiciamiento que descansaban sobre un modelo inquisitivo, con un rígido principio de legalidad y como meta la verdad real, la víctima fue excluida totalmente de la solución del conflicto penal.

2) La participación de la víctima en la solución del conflicto penal, es no sólo importante sino también necesaria, si se quiere tener un sistema de justicia democrático y participativo.

3) Que los modelos de justicia reformativa, en los cuales destacan la conciliación y la reparación, potencian una real y efectiva participación de la víctima, para escoger cual será la vía de solución del conflicto penal que le afecta, concediéndole una efectiva y pronta tutela de sus derechos.

4) Que los modelos de justicia reformativa permiten una expedita administración de justicia, con una solución justa y proporcionada para los intervinientes del conflicto penal, reduciendo además los múltiples efectos nocivos de la prisionalización.

5) Que la justicia reformativa no es un modelo absolutamente homologable a la reparación como tercera vía en el derecho penal de fondo.

6) Que los modelos de justicia reformativa no deben limitarse únicamente a la llamada pequeña criminalidad, pueden abarcar otros ámbitos, quedando excluida la criminalidad excesivamente violenta, y las que funcionan de manera asociada o como criminalidad organizada.

7) Que en nuestro país a consecuencia de las reformas sobre la conciliación y la reparación integral del daño se ha dado una involución del sistema de justicia reformativa que inicialmente se había implementado.

8) Que producto de dicha reforma la víctima ha sido nuevamente desprotegida en la tutela de sus derechos.

BIBLIOGRAFIA.

ALASTUEY DOBON María del Carmen “La Reparación de la Víctima en el marco de las sanciones penales”. Tirant lo Blanch. Valencia. España. 2000.

ASÚA BATARRITA Adela “Alternativas a las Penas Privativas de Libertad y Proceso Penal” en Cuadernos de Política Criminal. N° 30. Instituto Universitario de Criminología. Universidad Complutense. EDESA. Madrid. España. 1988.

BERTOLINO Pedro J. “La Situación de la Víctima del Delito en el Proceso Penal de la Argentina” en AA. VV. “La Víctima en el Proceso Penal”. Editorial De Palma. Buenos Aires. Argentina. 1997.

BERISTAIN IPIÑA Antonio “Nuevo Proceso Penal desde las Víctimas” en AA. VV. “La Administración de Justicia”. En los albores del tercer milenio. Compiladores. Messuti. Sampedro Arrubia. Editorial Universidad. Buenos Aires. Argentina. 2001.

BOVINO Alberto “Proceso penal y derechos humanos: la reforma de la administración de la justicia penal” en “Problemas del Derecho Procesal Penal Contemporáneo”. Editores del Puerto. Buenos Aires. Argentina. 1998.

- CAFFERATA NORES José I. “El principio de oportunidad en el derecho argentino. Teoría realidad y perspectivas” en Cuestiones Actuales sobre el Proceso Penal”. Editores del Puerto. Segunda edición actualizada. Buenos Aires. Argentina. 1998.

- CAFFERATA NORES José I. “La víctima del delito” en “Cuestiones Actuales sobre el proceso penal”. Editores del Puerto. Segunda edición actualizada. Buenos Aires. Argentina. 1998.

- CAFFERATA NORES José I. “Proceso Penal y Verdad Histórica” en Cuestiones Actuales sobre el Proceso Penal. Editores del Puerto. Tercera edición actualizada. Buenos Aires. Argentina. 2000.

CANCINO José Antonio “El derecho penal, la tercera vía y el principio de legalidad” en El Derecho Penal Español de fin de siglo y el derecho penal latinoamericano” Homenaje a Enrique Bacigalupo. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibañez. Santa Fe de Bogotá. Colombia. 1999.

CESANO José Daniel “Reparación y Resolución del Conflicto Penal”. Su tratamiento en el código penal argentino. AA. VV. “Nuevas Formulaciones en las Ciencias Penales. Homenaje al Profesor Claus Roxin. LERNER. Córdoba. Argentina. 2001.

CORDOVA Fernando “La Posición de la Víctima” en “El nuevo Código Procesal Penal de la Nación. Análisis Crítico” Editores del Puerto. Buenos Aires. Argentina. 1993.

DÜNKEL Frieder “La conciliación delincuente-víctima y la reparación de daños. Desarrollos recientes del derecho penal y de la práctica en derecho penal en el derecho comparado. “Victimología”. Beristain-De la Cuesta. Compiladores. Universidad del País Vasco. Bilbao. España . 1990.

ESER Albin “Acerca del Renacimiento de la Víctima en el Procedimiento Penal”. Tendencias nacionales e internacionales. Traducción de Fabricio O. Guariglia y Fernando J. Córdova. “De los Delitos y de las Víctimas”.

Compilador. Julio B. J. Maier. AD-HOC. Primera edición. Buenos Aires. Argentina. 1992.

- FERRAJOLI Luigi “Derecho y Razón”. Teoría del Garantismo Penal. Segunda edición. Editorial Trotta. Madrid. España. 1997.
- FERRAJOLI Luigi “Derechos y Garantías”. La ley del más débil. Editorial Trotta. Madrid. España. 1999.

GARCIA PABLOS DE MOLINA Antonio “Manual de Criminología. Introducción y Teorías de la Criminalidad. Espasa-Calpe. Madrid. España. 1988.

GONZALEZ ALVAREZ Daniel “La obligatoriedad de la acción en el Proceso Penal Costarricense”. Editorial Investigaciones Jurídicas. 2º edición. San José. Costa Rica. 1992.

- HASSEMER Winfried “Fundamentos de Derecho Penal”. traducción de Francisco Muñoz Conde y Luis Arroyo Zapatero. Editorial Bosch. Barcelona. España 1984.

- HASSEMER Winfried, MUÑOS CONDE Francisco “Introducción a la Criminología y al Derecho Penal”. Tirant lo Blanch. Valencia. España. 1989.

HIRSCH Hans Joachim “La Reparación del Daño en el marco del Derecho Penal Material”. Traducción de Elena Carranza. “De los Delitos y de las Víctimas”. Compilador. Julio B. J. Maier. AD-HOC. Primera edición. Buenos Aires. Argentina. 1992.

LANDROVE DÍAZ Guillermo “La Moderna Victimología”. Tirant lo Blanch. Valencia. España. 1998.

LEA John, YOUNG Jock “Que hacer con la Ley y el Orden”. Traducción de Martha B. Gill y Mariano A. Ciafardini. Editores del Puerto. Buenos Aires. Argentina. 2001.

- LLOBET RODRIGUEZ Javier “Conciliación imputado-víctima, reparación del daño y Estado de Derecho” en AA. VV. “Nuevo Proceso Penal y Constitución” 1º edición. Investigaciones Jurídicas. San José Costa Rica. 1998.

- LLOBET RODRIGUEZ Javier “Proceso Penal Comentado” Mundo Gráfico. San José. Costa Rica. 1998.

MADLENER K. “La Reparación del Daño sufrido por la Víctima y el Derecho Penal” en Estudios de Derecho Penal y Criminología”. Tomo II. Universidad a Distancia. Madrid. España. 1989.

- MAIER Julio B.J. “Derecho Procesal Penal Argentino”. Tomo 1. Volumen B. Fundamentos. Editorial Hammurabi. Buenos Aires. Argentina. 1989.

- MAIER Julio “El Sistema Penal Hoy: entre la inquisición y la composición” en “Derechos Fundamentales y Justicia Penal”. Editorial Juricentro. San José. Costa Rica. 1992.

- MAIER Julio B. J. “La Víctima y el Sistema Penal”. “De los Delitos y de las Víctimas”. Compilador. Julio B. J. Maier. AD-HOC. Primera edición. Buenos Aires. Argentina. 1992.

- MAIER Julio B. J. “El Ingreso de la Reparación del Daño como Tercera Vía al Derecho Penal Argentino” en AA. VV. “El Derecho Penal Hoy”. Homenaje al Profesor David Baigún. Julio B. J. Maier, Alberto M. Binder Compiladores. Editores del Puerto. Buenos Aires. Argentina. 1995

MARTÍNEZ VENTURA Jaime “La Policía en el Estado de Derecho Latinoamericano”. Estudio sobre El Salvador. FESPAD-Fundación Friedrich Ebert. Primera edición. San Salvador. El Salvador. 2002.

MAKAREWICZ Julius “La Evolución de la Pena”. Traducción de María L. Martínez Reus. Editorial Reus. Madrid. España. 1907.

MIR PUIG Santiago “Introducción a las Bases del Derecho Penal”. Concepto y Método. Editorial Bosch. Barcelona. España. Reimpresión. 1982.

NEUMAN Elías “Mediación y conciliación penal”. De Palma. Buenos Aires. Argentina. 1997.

NIÑO Luis “Aspectos Críticos de la Realidad Carcelaria” en AA. VV. “Jornadas sobre Sistema Penitenciario y Derechos Humanos”. Editores del Puerto. Buenos Aires. Argentina. 1997.

PAUL Wolf “Esplendor y miserias de las teorías preventivas de la pena” en AA. VV. “Prevención y Teoría de la Pena”. Compilador Juan Bustos Ramírez. Editorial Jurídica Cono Sur. Santiago de Chile. Chile. 1995.

PAVARINI Massimo “Menos cárcel y más medidas alternativas”. en “Cuadernos de la Cárcel”. Editorial Buenos Aires. Buenos Aires. Argentina. 1991.

PETERS Tony, AERSTEN Ivo “Justicia Reparadora”. En búsqueda de nuevos caminos en el trato del delito. Presentación de un proyecto de mediación Traducción de la Escuela Superior de las Ciencias Criminológicas. Las Palmas. Islas de la Gran Canaria. España. 1994.

PRIETO RODRIGUEZ Javier I. “Dilaciones Indevidas y Derecho Penal”. Causas y remedios. Crítica a las soluciones jurisprudenciales arbitrarias. Ediciones AKAL. Madrid. España. 1997.

RAMIREZ MURCIA Leonardo en “Mecanismos alternos al Juicio en los Poros de la Justicia”. Editorial Universitaria. 1º edición. San Salvador. El Salvador. 2002.

RIVERA LLANO Abelardo “La victimología” Un problema criminológico. Ediciones Jurídica Radar. Primera edición. Santa Fé de Bogota. Colombia 1997.

RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ Gabriela “Sociedad, Estado, víctima y ofensor”. El orden de los factores ¿altera el producto? En AA. VV. “Resolución Alternativa de los Conflictos Penales”. Mediación de conflicto, pena y consenso. Compilación de Gabriela Rodríguez Fernández. Editores del Puerto. Buenos Aires. Argentina. 2000.

- ROXIN Claus “Derecho Penal”. Parte General. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito. Traducción de Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Colledo, Javier de Vicente Remesal. Civitas. Madrid. España. 1997 p 109.

- ROXIN Claus “La Evolución de la Política Criminal, El Derecho Penal y el Proceso Penal”. Traducción de Carmen Gómez Rivero y María del Carmen García Cantizano. Tirant lo Blanch. Valencia. España. 2000.

- ROXIN Claus “La reparación en el sistema de la Pena” en De los Delitos y de las Penas”. Editorial Ad-Hoc. Buenos Aires. Argentina. 1992.

SAMPEDRO ARRUBLA Julio Andrés “En busca de Nuevos Senderos

para la Administración de Justicia en el Área Penal. Una reflexión desde las víctimas, acerca de la humanización del proceso. AA. VV. "La Administración de Justicia". En los albores del tercer milenio. Comps. Messuti-Sampedro Arrubla. Editorial Universidad. Buenos Aires. Argentina. 2001.

SARRULLE Oscar Emilio "La crisis de Legitimidad del Sistema Jurídico Penal". Abolicionismo o Justificación. Editorial Universidad. Buenos Aires Argentina. 1998.

SILVA SÁNCHEZ Jesús-María "La Consideración del Comportamiento de la Víctima en la Teoría Jurídica del Delito". Observaciones doctrinales y jurisprudenciales sobre la victimodogmática en "La Víctimología". Cuadernos de Derecho Judicial. Tomo XV. Consejo General del Poder Judicial. Madrid. España 1993.

STRATENWERTH Günter "Derecho Penal. Parte General I. El Hecho Punible" Traducción de la 2ª edición alemana por Gladys Romero. EDERSA. Madrid. España. 1982.

- ZAFFARONI Eugenio Raúl, ALAGIA Alejandro, SLOKAR Alejandro "Derecho Penal". Parte General. EDIAR. Buenos Aires. Argentina. 2000.
- ZAFFARONI Eugenio R. "Sentido y Justificación de la Pena" en AA. VV. "Jornadas sobre Sistema Penitenciario y Derechos Humanos". Editores del Puerto. Buenos Aires. Argentina. 1997.

DOCUMENTOS.

1) Documento Naciones Unidas. Asamblea General. Décimo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente. A/CONF. 187/ PM. 1. Guía de Deliberaciones. de 22 de septiembre de 1998.

2) Declaración sobre los Principios Fundamentales de Justicia para las Víctimas de Delito y de Abuso de Poder. Séptimo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente. Milán del 26 de agosto al 6 de septiembre de 1985. Y adoptada por la Asamblea General de Naciones Unidas en resolución 40/34 del 29 de noviembre de 1985.

10. LA ADMINISTRACION DE LA CARRERA JUDICIAL : UN DEBATE INCONCLUSO



SUMARIO

ACLARACION NECESARIA. 1. CONTENIDO DE LA CARRERA JUDICIAL. 1.1 Ingreso a la carrera judicial. 1.2 Ascensos y promociones. 1.3 Traslados. 1.4 Sanciones. 2. NACIMIENTO Y EVOLUCION DEL CONSEJO NACIONAL DE LA JUDICATURA. 3. REALIDAD ACTUAL SOBRE LA ADMINISTRACION DE LA CARRERA JUDICIAL. 4. NUESTRA POSICION.

Aclaraciones necesarias

Los jueces salvadoreños, desde la Corte Suprema de Justicia hasta los Tribunales de instancia, tienen un desdoblamiento de atribuciones: la administrativa y la jurisdiccional. Nadie puede negar que la primera es absorbente y agotadora: nombrar el personal, dirigirlo, sancionarlo, concederles o negarle permisos o licencias, procurar que el Tribunal cuente con recursos básicos de funcionamiento, controlar los ingresos y salidas de las personas, ordenar descuentos y sigue una interminable cantidad de actividades que encierran dicha función. A la hora de las evaluaciones o inspecciones judiciales, el Consejo Nacional de la Judicatura, en cumplimiento de la Ley, sigue dando importancia a la forma en que el Juez administra el Tribunal. Tenemos que confesar que los Jueces y los abogados en general, no estamos preparados para una eficiente administración.

Este artículo no comprende un estudio completo del contenido de la carrera judicial. Vamos a limitarlo a ciertos funcionarios y a determinados contenidos. Respecto a los primero, haremos especial referencia a los Magistrados de Cámaras de Segunda Instancia y Jueces en general ⁴⁰⁵ y en cuanto a lo segundo, nos concentraremos al ingreso, promociones, ascensos, traslados y sanciones disciplinarias; así también veremos el principio básico de independencia judicial. Aunque se analizan de una forma periférica, quedan para una futura oportunidad las remuneraciones

*Juez Quinto de Instrucción de San Salvador, profesor de Derecho Procesal Penal de la UCA y presidente del Foro de Jueces Democráticos e Independientes.

405. Como se advierte en el artículo 83 de la Ley de la Carrera Judicial, están incorporados a ella de pleno derecho los magistrados de Cámaras de Segunda Instancia, Jueces de Primera Instancia, Jueces de Paz, Secretario y Primer Oficial Mayor de la Corte Suprema de Justicia, Oficiales Mayores de Cámaras, Secretarios de Sala, de Cámara y Juzgado.

de los miembros de la carrera; las evaluaciones que realiza el Consejo Nacional de la judicatura las prestaciones y los niveles de cumplimiento del mandato Constitucional sobre el tema.

La administración de la carrera judicial en general, consiste en el manejo de los recursos materiales y humanos y por ello constituye un verdadero poder; la independencia de los Jueces y Magistrados de Segunda Instancia está íntimamente relacionada con aquellas manifestaciones de poder. Según el Diccionario de la Lengua española, entre otras acepciones "poder" ~~es el poder~~

~~es el poder~~ Todavía esta muy arraigado entre nosotros el temor reverencial hacia los detentadores de ese poder. La constante amenaza a sufrir una sanción disciplinaria por parte de la Corte Suprema de Justicia, sin intervención de ninguna otra instancia, produce indirectamente una violación al principio básico de independencia que debe acompañar a los Jueces.

El Constituyente ha pretendido rodear a los Jueces de disposiciones orientadas a garantizar su independencia, tales como una remuneración justa y estabilidad en el cargo. De otro modo ha otorgado herramientas a los funcionarios para que puedan denunciar cualquier acto de injerencia directa o indirecta, que a mi juicio viene a reconocerse un vicio que se pretende erradicar y que por su importancia transcribo el artículo 3 del Código Procesal Penal en lo relativo al punto que analizamos: **h**

~~Artículo 3~~
~~del Código~~
~~Procesal~~
~~Penal~~
~~Artículo 3~~
~~del Código~~
~~Procesal~~
~~Penal~~
~~Artículo 3~~
~~del Código~~
~~Procesal~~
~~Penal~~

h En el aspecto represivo encontramos dentro de los delitos relativos a la administración de justicia y específicamente el relativo a la actividad judicial que se tiene como prevaricato dirigir por sí o por interpósita persona al interesado o a las partes en juicio que se siga en el mismo tribunal donde el Juez desempeña sus funciones o en cualquier otro; para los demás funcionarios públicos podría constituir delito de actos arbitrarios el ejercicio de presiones o influencias sobre la actividad jurisdiccional.

En fin, contamos con todos los mecanismos para proteger y defender el principio de independencia de los Jueces, pero más allá de estas disposiciones legales aquí nos enfrentamos a un problema cultural y de conductas: existe violación a la independencia sobre aquellos que lo permiten sin denunciarla.

Mas recientemente, según investigaciones sobre los niveles de

independencia de los Jueces en Centroamérica se determinó que resulta negativo que la Corte Suprema de Justicia, mantenga exclusivamente las facultades de nombrar, permutar, trasladar, ascender, conceder licencias, sancionar y remover a los Jueces y al personal y que no se garanticen la transparencia en el proceso y la imparcialidad de las actuaciones. "Esta concentración de poder jurisdiccional y administrativo en las Cortes Supremas configura un sistema judicial vertical, que termina creando una cultura de jerarquías. La justicia verticalizada no solo se concibe como un riesgo para la independencia judicial, sino que además, se contrapone con los principios fundamentales para la consolidación de estados Democráticos"⁴⁰⁶.

Para escribir este artículo no solo se ha tomado en cuenta el aspecto teórico, sino que se han plasmado las interpretaciones de la realidad en el tema de la administración de la carrera judicial. Contamos ya con una experiencia acumulada que nos permite a los Jueces opinar cómo debería estar distribuido aquél poder concentrado. La experiencia ha demostrado que no obstante la Corte Suprema y el Consejo de la Judicatura tienen atribuciones administrativas importantes, convendrá hacer algunas reestructuraciones en las mismas.

1. CONTENIDO DE LA CARRERA JUDICIAL

Antes de abordar el papel de los protagonistas de la carrera judicial, conviene delimitar el objeto de discusión, tomando en cuenta las limitaciones anotadas en las aclaraciones necesarias.

El contenido de la carrera judicial son todos aquellos mecanismos creados y puestos en marcha para garantizar la independencia de sus miembros, su idoneidad, capacidad y transparencia en sus actuaciones, reconocimientos por la vía de premios y castigos, así como también el derecho a competir y ascender en igualdad de condiciones.

En el III Encuentro Iberoamericano de Consejos de la Judicatura celebrado en octubre de 2002 en Zacatecas, México, se acordó que

~~El contenido de la carrera judicial son todos aquellos mecanismos creados y puestos en marcha para garantizar la independencia de sus miembros, su idoneidad, capacidad y transparencia en sus actuaciones, reconocimientos por la vía de premios y castigos, así como también el derecho a competir y ascender en igualdad de condiciones.~~

406. Véase Asociacionismo e Independencia Judicial en Centroamérica. Diagnóstico de la Red Centroamericana de Jueces, Fiscales y Defensores por la Democratización de la Justicia. Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales y Sociales. Guatemala 2001.

407. Publicado en Revista Enlace, No. 9, octubre, noviembre, diciembre 2002, Consejo Nacional de la Judicatura

Es indiscutible que administrar la carrera judicial es una actividad eminentemente administrativa, en principio desligada de la actividad jurisdiccional, es decir, de las facultades de actuar y decidir las controversias jurídicas que se suscitan entre las personas. Dependiendo del adecuado o inadecuado manejo de la carrera judicial los principios básicos que sustentan la actividad jurisdiccional, entre ellos la independencia, puede verse fortalecida o debilitada.

De acuerdo a la Ley de la Carrera Judicial, la Administración de la carrera comprende el manejo de varias actividades fundamentalmente las relacionadas a la selección y nombramiento del personal, promociones, ascensos, traslados, concesión de licencias, imposición de sanciones, determinación de normas de trabajo, atención y administración de los tribunales, la emisión y ejecución de todas aquellas medidas para el cumplimiento de la citada Ley y cualquier otra o reglamento que se relacione con la administración de la Carrera.

1.1 Ingreso a la Carrera Judicial.

Es innegable que los sistemas de elección para los cargos de Magistrados a la Corte Suprema de Justicia, Magistrados y Jueces de Segunda y Primera Instancia, respectivamente, son fundamentales para conocer el grado de independencia que puede acompañar al funcionario una vez nombrado. Hay distintos sistemas de nombramientos que van desde la elección popular hasta la coparticipación de órganos del gobierno (ejecutivo y legislativo). Aunque en países civilizados, como Suiza, Inglaterra o Estados Unidos en estas clases de elecciones tienen participación directa los políticos, sus niveles de funcionamiento, confianza y credibilidad son superiores a otros sistemas, como el salvadoreño, en donde el proceso de elección tiene varios filtros, ajenos a los pensamientos políticos partidistas.

Los quince Magistrados que integran la Corte Suprema de Justicia en El Salvador pasan por un largo proceso de selección. Primeramente, las diferentes asociaciones de abogados proponen sus candidatos en número que no supere los quince; siempre que, por supuesto, reúnan los requisitos constitucionales. Luego, la Federación de Asociaciones de Abogados convoca a elecciones entre el gremio de abogados, que incluye jueces, magistrados, funcionarios públicos y en general todo aquel que haya sido autorizado para ejercer la profesión de abogado. Los quince profesionales con mayor número de votos integran una lista que es enviada a la Asamblea Legislativa.

Por otra parte, el Consejo Nacional de la Judicatura convoca a inscribirse a todos los abogados elegibles para el cargo y que tengan interés en competir en el proceso para ser Magistrados de la Corte Suprema

y en sesión plenaria aquél organismo ⁴⁰⁸ elige otros quince candidatos, cuyos nombres son enviados también a la Asamblea Legislativa, quien finalmente nombra con el voto de los dos tercios de los diputados electos. El sistema está estructurado de tal manera que son elegidos para nueve años; pero cada tres años hay renovación en un tercio.

En apariencia, este proceso de selección es ideal, en la medida que permite la participación de diferentes sectores –abogados en general, Consejo de la Judicatura y Asamblea Legislativa-; pero en la realidad existe una desnaturalización de las bondades que contiene el sistema. En las últimas elecciones hemos contemplado con frustración cómo los abogados electores tienen la capacidad de organizarse y promover sus candidatos con atractivas ofertas para sectores determinados, con altisonantes campañas propagandísticas colmadas de populismo, recorriendo el país, visitando tribunales, oficinas públicas, ofreciendo fiestas, cócteles y acudiendo a los medios de comunicación con una ansiedad preocupante, en las que la trayectoria académica, la conducta pública del aspirante y cualquier talante intelectual sale sobrando. Particularmente creo que este proceso de campaña que va desde la propuesta por las asociaciones hasta el día de las elecciones entre abogados es cuando menos desgastante y produce efectos negativos. Ya es usual que circulen documentos anónimos señalando a algunos participantes como corruptos, borrachos, ineptos, etc. y muchos calificativos ofensivos que revelan un fanatismo empobrecido por un vocabulario callejero. También se ha visto con mayor intensidad las pugnas entre asociaciones de abogados, descalificándose recíprocamente de manera inadecuada. Este comportamiento arrabalero puede ahuyentar personalidades valiosas y dignas para asumir la primera magistratura. Está lejos la discusión académica de los problemas que azotan la administración de justicia y las propuestas de solución. Urge corregir estos mecanismos que por hoy no tienen reglas ni controles eficaces.

Por otra parte, en el otro proceso de selección, el Consejo de la Judicatura no hace tampoco la suficiente investigación de los que pretende llegar por esa vía; utilizan procedimientos clandestinos y métodos desconocidos; en las recién pasadas elecciones no se supo que hayan realizado entrevistas ni indagado la situación de los aspirantes en las oficinas contralores del ejercicio de la profesión de abogados (Sección de Investigación Profesional de la CSJ) ni de los funcionarios aspirantes en la Procuraduría para la Defensa de los Derechos Humanos ni Sección de Investigación Judicial, en el caso de los Jueces y Magistrados.

Así las cosas, si en los sectores donde podría decirse que las cualidades para la alta magistratura deberían ser verdaderas exigencias y que, en la realidad no lo son, menos se espera que en la Asamblea

408. Integrado por siete concejales provenientes de abogados en ejercicio (3), del Ministerio Público (1), del gremio de jueces (1), de la Universidad de El Salvador (1) y de las Universidades Privadas (1).

Legislativa, que aglutina la clase política por excelencia y que es, hoy por hoy, la más desprestigiada, se tenga garantía de escoger los mejores hombres y mujeres para integrar el máximo Tribunal de Justicia. En todo caso, la Asamblea Legislativa se ve limitada a seleccionar los magistrados de las listas provenientes de las dos vías apuntadas.

El mecanismo legal para ingresar a la carrera judicial, como Magistrado de Cámara de Segunda Instancia, Juez de Primera Instancia o Juez de Paz, es en todo caso a través del Consejo Nacional de la Judicatura, luego de haber recibido las capacitaciones preparadas por la Escuela de Capacitación Judicial del mismo CNJ. Aunque la misma Ley de la Carrera Judicial, a modo de excepción podría permitir el ingreso de abogados que sin haber recibido las capacitaciones, demuestren con sus atestados la idoneidad para desempeñar el cargo que aspira. No obstante lo anterior, como respuesta a los señalamientos a la falta de preparación de Jueces recientemente al interior del CNJ se creó el Programa de Formación Inicial, PFI ⁴⁰⁹, orientado a preparar en los campos teórico y práctico a profesionales que aspiren ser Jueces. Este proyecto auspiciado por organismos internacionales, la Corte Suprema de Justicia y el mismo Consejo Nacional de la Judicatura surge como un paso importante a garantizar el ingreso a la carrera de personas que además de su formación universitaria han dedicado durante dos años a la profundización de sus conocimientos en todos los aspectos. La pretensión inicial sería que las plazas vacantes en los Juzgados de Paz en todo el país fuesen cubiertas por los alumnos del PFI, siempre bajo el mecanismo de ternas surgidas del seno del Consejo. Este organismo mantiene permanentemente un banco de elegibles, de modo tal que a partir de la solicitud de ternas que formule la Corte Suprema de Justicia, el CNJ dice tener la capacidad de enviarlas sin mayores dilaciones.

En síntesis, el sistema de selección de magistrados de la Corte Suprema de Justicia que permite la participación de todos los abogados en ejercicio, mediante votación directa, el Consejo Nacional de la Judicatura y por último la Asamblea Legislativa con dos tercios de votos de los diputados electos, es inmejorable. Por otra parte, la selección por ingreso, traslados y ascensos, con la co-participación del Consejo Nacional de la Judicatura y la Corte Suprema de Justicia, es igualmente un sistema aceptable, sobretodo cuando desde la Carta Magna hasta las leyes secundarias y reglamentarias se establecen muchos requisitos tales como la capacidad y moralidad notorias, idoneidad, méritos profesionales, evaluaciones, objetividad e imparcialidad en los nombramientos, nos permite afirmar que las disposiciones constituyen verdaderas garantías

409. creado mediante acuerdo 3.3-07/2000 del 14 de enero de 2000 por el Pleno del Consejo Nacional de la Judicatura y que significó para el primer año 2001 un aporte financiero de ciento cuarenta y siete mil doscientos cincuenta y siete dólares norteamericanos, la mayoría proveniente del CNJ-GOES (\$70,969.00), seguido por la CSJ (\$19,697.00) y por último PNUD-Paises Bajos (\$6,591.00). véase Memoria de Labores 2001 del Consejo Nacional de la Judicatura.

para que los mejores hombres y mujeres puedan ocupar los cargos. Este sistema es bondadoso. Sin embargo, entre el contenido de las disposiciones y lo que ocurre en la realidad, media una gran distancia. En las propuestas de las asociaciones de abogados ni en el Consejo Nacional de la Judicatura existe verdadera conciencia de incluir en la lista que será del conocimiento del poder político (Asamblea Legislativa) únicamente a profesionales de reconocido prestigio ni se asegura que cualquiera de los propuestos tenga la idoneidad para el cargo; todos los que participamos en estos procesos somos co-responsables de los aciertos o desaciertos en las elecciones.

1.2 Ascensos y Promociones.

Los Magistrados de Cámaras de Segunda Instancia, Jueces de Primera Instancia y Jueces de Paz, están separados por clases “A”, “B” y “C” respectivamente; dentro de cada clase hay diferentes categorías; en la clase “A” existen dos categorías; en la clase “B” existen tres categorías y en la clase “C” existen cuatro categorías. Dicha clasificación se estructura sobre la base de la ubicación geográfica de las Cámaras o Juzgados: área metropolitana, Distritos Judiciales de las cabeceras departamentales, demás ciudades y por último el resto de poblaciones. Esta clasificación a su vez formula una incomprensible desproporción salarial, que no permite ninguna consideración; así tenemos por ejemplo que el Juez de Paz de Perquín, situado en el oriental Departamento de Morazán y a mucha distancia de la ciudad capital percibe un salario menor que un Juez de Paz de las cabeceras Departamentales y desde luego, que un Juez de San Salvador, sin importar que aquel Juez tenga su residencia en el otro extremo del país y tenga que aumentar considerablemente sus gastos; esta forma de remunerar es sencillamente injusta.

Pues bien, los ascensos vienen definidos por la Ley de la Carrera Judicial “se considera ascenso, pasar a un puesto de categoría o clase superior”... “la promoción consiste en pasar a una escala salarial superior dentro de una misma categoría, de conformidad al Manual de Clasificación de Cargos y al plan de Remuneraciones”.

1.3 Traslados

Los traslados y permutas suponen el cambio de destino de miembros de la carrera judicial. El primero, los traslados sólo pueden hacerse de un cargo a otro de igual categoría, por ejemplo, trasladar el Juez Noveno de Instrucción de San Salvador al Juzgado Sexto de Instrucción de San Salvador: ambos se encuentran en igual clase y categoría. Estos traslados, según el artículo 39 de la Ley de la Carrera Judicial se harán “por razones

de conveniencia del servicio, calificadas por la Corte”. Lo segundo, las permutas, según la misma disposición “procederán a solicitud de ambos miembros de la Carrera y aún en categoría diferente dentro de la misma clase”, bajo la única condición que no salga perjudicada la Administración de Justicia. La interpretación de las disposiciones relativas a los ascensos y traslados ha generado fuertes controversias entre la Corte Suprema de Justicia y el Consejo Nacional de la Judicatura, como se dirá adelante.

1.4 Sanciones disciplinarias.

Las sanciones disciplinarias de los miembros de la carrera provienen de distintas fuentes: por incumplimiento de los deberes y obligaciones que señala la Ley de la Carrera Judicial y por recomendación del Consejo Nacional de la Judicatura como resultado de las evaluaciones. Respecto a lo primero, ya sea por denuncia contra el Juez o Magistrado o de manera oficiosa por la Corte Suprema, se puede tramitar un expediente disciplinario ante la Sección de Investigación Judicial de la Corte Suprema, quien luego de las indagaciones formula un recomendable; el caso es resuelto por la Corte en Pleno, según lo decida la mayoría simple de sus Magistrados. Aquí ocurre un fenómeno grave: la Corte en Pleno no escucha personalmente al afectado y falla conforme a lo que objetivamente consta en el aquel expediente o sobre lo que es traído a la discusión, aunque se traten de apreciaciones ajenas al caso y que sobre el perjudicado tengan algunos Magistrados. Juzgan de manera clandestina, es decir, sin la presencia del interesado; delegan en la Sección de Investigación Judicial el derecho humano a un debido proceso, que comprende, entre otros, el derecho a ser oído por la autoridad juzgadora: aquí, uno escucha (Sección de Investigación Judicial) y el otro juzga o decide (Corte Plena). Los Jueces sabemos que no es extraño que al momento de conocer de un expediente disciplinario, la Corte enfila sus posturas – a favor o en contra- según el conocimiento genérico que tengan del afectado. Esto significa que dependiendo de las relaciones armoniosas u hostiles que se tengan con los Juzgadores de estos hechos, así será el resultado. El Juez que se haya atrevido a formular algunas críticas a la administración de la carrera judicial por parte de la Corte Suprema de Justicia tendrá desventajas sobre el Juez obediente, sumiso y complaciente.

Por otra parte, una vez impuesta la sanción disciplinaria y solo tratándose de suspensión o remoción del cargo, el miembro de la carrera tiene la facultad de impugnar la determinación mediante el recurso de revocatoria, el que es presentado y resuelto por la misma autoridad; aquí sucede un nuevo hecho grave: se limita el derecho a una garantía judicial a que los casos pueden ser impugnados ante un Tribunal diferente o superior; entendemos que arriba de la Corte en Pleno no existe instituido

ningún Tribunal y por ello es conveniente una reestructuración en este sentido.

En otro aspecto, considero que debe fortalecerse enormemente la Sección de Investigación Judicial, imprimirle una nueva dinámica y no permitir que se convierta la Sección en protectora de delincuentes ni en inquisidora obcecada, que los expedientes se tramiten observando los principios básicos de celeridad, objetividad, imparcialidad y que se le permita al denunciado el amplio ejercicio del derecho a defenderse. Los expedientes son resueltos con asombroso retraso y permanecen estancados en espera de la oportunidad para perjudicar personas concretas. Consideramos también que al interior de la Sección de Investigación Judicial deben existir criterios para delimitar la competencia de la oficina o de la Fiscalía General de la República; aquella tiene competencia para conocer asuntos disciplinarios derivados de incumplimiento de obligaciones administrativas, aunque la Corte Suprema ha ampliado su ámbito de competencia y es frecuente que allí mismo se discutan asuntos jurisdiccionales o de criterios jurídicos de los jueces en la interpretación de la Ley; la Fiscalía, es la única competente para investigar hechos delictivos cometidos aún en el ejercicio de la función de Juez o Magistrado y por tanto, si este es el caso, debe certificarse a dicha institución para que investigue lo procedente.

Pero también las sanciones disciplinarias pueden provenir del Consejo Nacional de la Judicatura como producto de las evaluaciones. Debo hacer un breve recorrido histórico de las evaluaciones de Jueces y Magistrados. Hace muchos años los evaluadores del Consejo era un temible grupo de exterminio, por decirlo metafóricamente, que llegaban a los Tribunales y habría que recibirlos con pleitesía y ellos se aprovecharon del temor de los pobres Jueces y demostraron según cuentan los que sufrieron esos atropellos, prepotencia, errónea interpretación de la función evaluadora, exigencia y confrontación con el Juez y sobre todo, que ellos mismos no estaban capacitados para hacer las evaluaciones; los mismos evaluadores eran en distintas materias, en donde los plazos, procedimientos y las fases son totalmente diferentes; por lo que no era extraño encontrar propuestas de sanción por incumplimiento de plazos en un proceso civil, pero tomando en consideración los plazos del proceso penal o viceversa.

Las protestas no se hicieron esperar al grado que un grupo de jueces se pronunciaron por deslegitimar los resultados de las evaluaciones y se denunció los defectos apuntados. Tal vez no al ritmo esperado, pero poco a poco el Consejo ha venido corrigiendo y el comportamiento de los evaluadores ha mejorado, respetando y escuchando al titular del Tribunal evaluado. Sin embargo falta mucho por hacer en este campo, todavía las últimas evaluaciones, cuyos resultados han entregado al momento de elaborar este artículo, sigue teniendo peso, que los expedientes se

encuentren bien foliados y limpios; así como también, el retraso de horas en un acto procesal sin indagar el motivo, constituye algo imperdonable, a pesar que el Consejo de la Judicatura con un año de retraso está entregando los resultados de las evaluaciones de 2001. Pero el contrasentido no termina allí, resulta que se puede declarar por el Consejo que el rendimiento en la administración del Tribunal y en la impartición de la justicia por el Juez evaluado, es satisfactorio y a pesar de ello, es normal que recomienden a la Corte Suprema la imposición de sanciones por hallazgos dignos de risa. Aunque la ley de la materia permitiera esa aberración, me parece que deben prevalecer las reglas del raciocinio humano al momento de aplicarla.

Este tema también ha significado protestas públicas del Consejo hacia la Corte Suprema por ignorar los resultados y las recomendaciones de sanciones, que afortunadamente no son vinculantes.

2. NACIMIENTO Y EVOLUCION DEL CONSEJO NACIONAL DE LA JUDICATURA

Aunque el apareamiento del Consejo Nacional de la Judicatura se remonta ya hace casi veinte años, el protagonismo de la institución es relativamente novedoso; el CNJ aparece desde la Constitución de la República de 1983 y tras estudios de la Comisión Revisora de la Legislación Salvadoreña, CORELESAL⁴¹⁰ y recomendaciones surgidas de los Acuerdos de Paz en El Salvador, suscritos por el gobierno y el entonces guerrillero Frente Farabundo Martí para la Liberación Nacional, FMLN en Chapultepec, México, se retoma el tema asegurando la independencia de la institución⁴¹¹.

La legislatura de 1991 aprobó un conjunto de reformas a la Constitución, entre ellas, la atribución 9ª del artículo 187 relacionada a que los nombramientos de Magistrados de Cámaras de Segunda Instancia, Jueces de Primera Instancia y Jueces de Paz, deben provenir de las ternas que le proponga el CNJ.

Por otra parte, la Comisión de la Verdad⁴¹² en su informe de marzo de 1993 destacó lo siguiente: ~~_____~~

~~_____~~
~~_____~~

410. Entre sus conclusiones la Comisión expresó que "La Corte Suprema de Justicia debe delegar, en cuanto lo permita la normativa constitucional, funciones administrativas en el Consejo Nacional de la judicatura"... "Deben trasladarse las funciones de administración del Organó Judicial, que actualmente corresponden al Presidente de la Corte, al Consejo Nacional de la Judicatura"... "y deben conferirse al Consejo Nacional de la Judicatura más atribuciones para darle mayor injerencia en la administración del Organó Judicial", véase en Problemática de la Administración de Justicia en El Salvador, Comisión Revisora de la Legislación salvadoreña, San Salvador, El Salvador, C. A., diciembre 1990.

411. Se conviene en redefinir la estructura del consejo Nacional de la Judicatura en los términos siguientes: 1. El Consejo Nacional de la Judicatura estará integrado de manera que se asegure su independencia de los Organos del Estado... será responsabilidad del Consejo Nacional de la Judicatura la organización y funcionamiento de la Escuela de Capacitación Judicial, cuyo objeto será el de asegurar el continuo mejoramiento de la formación profesional de los jueces y demás funcionarios judiciales; de investigar sobre la problemática judicial del país y promover soluciones para la misma"

412. entidad creada por la ONU específicamente para que investigara y analizara los casos de mayor relevancia ocurridos durante la guerra civil que vivió el país en la década de los ochenta y las instituciones encargadas de conocer de los mismos.

~~El~~ Esta concentración de funciones menoscaba seriamente la independencia de los jueces de instancias inferiores... en perjuicio del sistema en su conjunto. El origen formal de este problema es de orden constitucional, de manera que su solución pasa por un análisis de la conveniencia de modificar, por el procedimiento que la misma Constitución establece, las disposiciones pertinentes para que la Corte, sin perder su condición de máximo Tribunal del país, no sea, en cambio, la cabeza administrativa del Órgano judicial.

~~Se~~
~~El~~

En síntesis se puede afirmar que el Consejo de la Judicatura en nuestro país ha pasado por tres etapas bien marcadas y que cronológicamente se pueden ubicar: ~~Desde~~ desde su creación por la Constitución de la República de 1983 con un apareamiento tibio, reconociendo únicamente la facultad de proponer candidatos para los cargos de Magistrados de las Cámaras de Segunda Instancia y de Jueces de Primera Instancia, dejando por fuera toda otra participación en la carrera judicial; hasta octubre de 1989 entró en vigencia la primera Ley del Consejo Nacional de la Judicatura en la que se adaptó parte importante de las necesidades detectadas por la Comisión Revisora de la Legislación Salvadoreña, CORELESAL; la mitad de los miembros que la integraban eran Magistrados Suplentes de la Corte Suprema de Justicia; los Concejales no estaban dedicados a tiempo completo y el desarrollo institucional en esta fase no fue significativo.

~~Se~~ ubica a partir de las reformas Constitucionales de 1991; se introduce expresamente el reconocimiento como una institución independiente; condiciona a la Corte Suprema de Justicia a que los nombramientos de Magistrados de Segunda Instancia, Jueces de Primera Instancia y Jueces de Paz deben provenir de las ternas que proponga el Consejo de la Judicatura. Así mismo se le concede la participación de dicho Consejo en los procesos de selección de Magistrados a la Corte Suprema de Justicia, proponiendo la mitad del universo de 30 aspirantes que llegan a la Asamblea Legislativa. Se encomendó al Consejo la organización y funcionamiento de la Escuela de Capacitación Judicial, dependencia que ha adquirido prestigio por sus constantes capacitaciones y presencia en las actividades académicas de los funcionarios y empleados judiciales. Estas reformas Constitucionales permitieron la aprobación de una nueva Ley del Consejo Nacional de la Judicatura, vigente a partir de enero de 1993. ~~En~~ En febrero de 1999, al entrar en vigencia una nueva Ley del Consejo Nacional de la Judicatura que consolida su independencia en el ejercicio de sus atribuciones, en materia financiera, presupuestaria y administrativa; los Concejales ejercen a partir de entonces sus funciones a tiempo completo y con mejoras salariales importantes.

Este mismo año se creó la Comisión Mixta de Enlace y Estudio entre la Corte y el Consejo, en cuya sede se trataron temas de interés común, tales como selección y evaluación, capacitaciones, perfeccionamiento de la carrera judicial y otros. Uno de los grandes errores cometidos en el citado cuerpo normativo ha sido la exclusión del Consejo de la Judicatura a representantes de Magistrados y Jueces, bajo el insostenible argumento que teniendo la institución entre otras, la obligación de evaluar Magistrados y Jueces, no podrían ser "juez y parte" en tales actividades. Lo cierto es que el organismo quedó integrado por seis Concejales propietarios: tres abogados en ejercicio, propuestos por el gremio de abogados; un abogado docente de la Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales de la Universidad de El Salvador; un abogado docente universitario de las otras Facultades, Escuelas o Departamentos de Derecho de las universidades privadas y un abogado propuesto por el Ministerio Público ⁴¹³. En un acto de reflexión piadosa y para calmar las discordias, la Asamblea Legislativa introdujo reforma a la Ley del Consejo Nacional de la Judicatura, vigente a partir de abril de 2002, en la que se incorpora al Pleno del Consejo un miembro electo por los Magistrados de Cámaras de Segunda instancia, Jueces de Primera Instancia y Jueces de Paz. Para fines ilustrativos, me permito elaborar el siguiente cuadro comparativo sobre la composición de los Consejos de la Magistratura de algunos países europeos en los que resalta la presencia de funcionarios judiciales ⁴¹⁴.

Composición de Consejos Superiores de la Magistratura.

PAIS	JUECES	NO JUECES	TOTAL
ITALIA	22	11	33
FRANCIA	7	5	12
ESPAÑA	13	8	21
PORTUGAL	9	8	17

413. Integrado por la Fiscalía General de la República, Procuraduría General de la República y Procuraduría para la Defensa de los Derechos Humanos.

414. Tomado del libro Los Jueces y la Política. Poder Judicial y Democracia. Carlo Guarnieri y Patricia Pederzoli, traducción de Miguel Angel Ruiz de Azua. Editorial Taurus, pág. 55

3. REALIDAD ACTUAL SOBRE LA ADMINISTRACION DE LA CARRERA JUDICIAL.

Las recientes controversias públicas entre la Corte Suprema de Justicia, CSJ y el Consejo Nacional de la Judicatura, CNJ sobre la administración de la carrera judicial ha permitido que el tema sea revisado, dejando al descubierto que asistimos a un debate inconcluso que apenas comienza. Las discrepancias no surgen de manera aislada; el Órgano Judicial salvadoreño no está pasando su mejor momento y es cuando menos generador de fuertes polémicas; todavía subsisten y con frecuencia las críticas sobre la forma en que se administra la justicia, la burocracia que exaspera hasta los más pacientes, la capacidad e idoneidad de los funcionarios judiciales al momento de aplicar las leyes, los sospechosos actos de corrupción, la presencia de grupos de presión contra decisiones judiciales, la injerencia de otros Órganos del Estado en casos de trascendencia social, la inconformidad en los procesos de selección, ascensos y traslados, los resultados negativos en las evaluaciones de Jueces y los cuestionamientos de éstos hacia la idoneidad de los evaluadores que deslegitiman aquellos resultados, los descubrimientos que algunos Jueces podría haber obtenido su título de manera fraudulenta, el pésimo manejo de este tema por parte de las instituciones involucradas en su solución, generando un caos con efectos desproporcionales, violaciones a los principios básicos de la independencia judicial reconocida por la Procuraduría para la Defensa de los Derechos Humanos contra la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia ⁴¹⁵ y un largo etcétera.

Sin embargo, no todo es pesimismo, en medio de esta turbulencia judicial, afortunadamente existen movimientos asociativos de Jueces y Juezas minoritarios todavía, pero que empiezan a tomar conciencia de lo urgente que es contraponerse a los vicios institucionales arraigados y fomentar desde la debilidad, los valores ausentes en el complejo entramado de la administración de justicia.

Alberto Binder, como subtema de un extenso artículo escribió sobre ~~los movimientos asociativos~~

En donde ha descrito con impresionante claridad "las cuotas de sacrificio y valentía personal" que asumen estos movimientos de cambio. Reconoce que usualmente estas asociaciones carecen de los apoyos institucionales y la cooperación internacional ha prestado poca atención y concluye que ~~los movimientos asociativos~~

~~los movimientos asociativos~~
~~los movimientos asociativos~~
~~los movimientos asociativos~~

415. según aparece en transcripción de la parte resolutive publicada en el periódico La Prensa Gráfica del 28 de abril 2003, derivado de discordias legales entre las sociedades INDELPA S. A. y REVYA S. A.

debería ser
 un cargo de
 juez, de la
 carrera judicial
 ordinaria.¹⁶

Las diversas opiniones sobre la administración de la carrera judicial son encontradas. Un ex miembro del Consejo Nacional de la Judicatura y actual Magistrado de la Corte Suprema de Justicia, mientras ejercía aquél cargo, en ocasión de asistir a la Primera Reunión de Consejos de la Judicatura de América Latina y España, en la ciudad de Sucre, República de Bolivia, luego de resaltar el poder que tenía el Consejo de la Judicatura del país suramericano, porque a el le ~~agregó~~

~~se le~~ agregó ~~de~~
~~los~~
~~de~~
~~de~~
~~de~~
~~de~~

~~de~~¹⁷. Sin embargo, el mismo Magistrado en recientes declaraciones a los medios de comunicación modificó su discurso y sostuvo ~~que~~

~~de~~
~~de~~
~~de~~ 418

Recientemente la Corte Suprema presentó a la Asamblea Legislativa dos propuestas de reformas a la Ley de la Carrera Judicial que significó el comienzo de agrias pugnas públicas con el Consejo de la Judicatura. La primera iniciativa, remitida por el magistrado de la Sala de lo Constitucional el día 22 de mayo de 2001 y en ocasión de fungir como Presidente en funciones del alto Tribunal, que se contrae a introducir reformas orientadas a aumentar las causales de remoción de los miembros de la Carrera Judicial y a incorporar la obligación de declarar el estado del patrimonio personal y familiar de los Jueces y Magistrados; y la segunda, enviada al Palacio Legislativo el 25 de noviembre de 2002 por el magistrado Presidente en el que se proponen reformas al derecho de jubilación, a los ascensos, promociones, traslados y permutas, el régimen de prestaciones sociales y económicas, a las vacaciones, asuetos y aguinaldos, a las licencias por capacitación, por motivos personales, enfermedad o maternidad,

416. Véase artículo Los oficios del Jurista: la fragmentación de la profesión jurídica y la uniformidad de la Carrera Judicial, por Alberto Binder, en Sistemas Judiciales. Publicación semestral del Centro de Estudios de Justicia de las Américas, CEJA-año 1, No. 1

417. Véase artículo editorial del doctor Mauricio Alfredo Clará, Consejos de Judicatura, publicado en El Diario de Hoy, el día uno de diciembre de 1998, página 30.

418. Véase El Diario de Hoy, 26 de abril de 2003 página 14.

bonificaciones y el fondo de protección.

El Consejo Nacional de la Judicatura primero a través de su Presidenta y luego en nombre del Pleno, salieron en airadas declaraciones y acuerdos protestando por las citadas reformas, esencialmente por las que atañen a las atribuciones del CNJ que son las relacionadas a los ascensos, promociones, traslados y permutas, por un lado; y por el otro, lo relativo a las capacitaciones de los funcionarios judiciales.

El CNJ destapó el dato revelador que desde el año 1999 hasta los primeros dos meses del 2003, la Corte Suprema de Justicia habría nombrado sin ternas del Consejo un total de 276 funcionarios judiciales, entre Jueces de Paz (241), Jueces de Primera Instancia (32) y Magistrados de Cámaras de Segunda Instancia (3); tales nombramientos comprendían suplencias, titularidad, ascensos, descensos, traslados o permutas.

Consecuentemente, según el Consejo, de aprobarse las reformas “propuestas por la Corte Suprema de Justicia se estaría violando la Constitución de la República y concentrándose indebidamente más funciones administrativas a ésta”⁴¹⁹.

En fin, la discrepancia aparentemente se redujo a una interpretación terminológica: para la Corte Suprema, la Constitución de la República y las leyes obligan a atender ternas del Consejo sólo en casos de “nombramientos”, entendiéndose por éstos, aquellos que se realizan en virtud de ingresos a la carrera judicial y por tanto, los traslados, ascensos o permutas no constituyen “nombramientos” por tratarse de funcionarios ya incorporados a la carrera.

El Consejo aduce precisamente bajo la interpretación de los artículos 182, 187 inciso 1º de la Constitución de la República y 22 literal c) y 62 de la Ley del Consejo Nacional de la Judicatura, 15 de la Ley de la Carrera Judicial y por último, basados en el Diccionario de la Lengua Española y al Diccionario de Derecho Usual de Guillermo Cabanellas sostienen que el vocablo “nombrar” incluyen ascensos, promociones, traslados y permutas, porque “invierte para el desempeño de una magistratura con competencia diferente a la que tenía anteriormente”.

Lo anterior motivó a la Presidenta del Consejo a enviar una nota a los Secretarios de la Junta Directiva de la Asamblea Legislativa para que aquellas propuestas de la Corte Suprema no sean aprobadas y que se conceda participación al Consejo en toda iniciativa que afecte su estructura organizativa, funciones y atribuciones constitucionales y legales.

Pero el Consejo ha ido más allá, ha presentado a la Asamblea Legislativa una propuesta de reformas a la Constitución de la República en el sentido que se otorgue expresamente a dicha institución el manejo

419. véase comunicado del Consejo Nacional de la Judicatura ante la Propuesta de Reforma a la Ley de la Carrera Judicial, publicado en el periódico La Prensa Gráfica, el día 05 de febrero de 2003.

de la carrera judicial ⁴²⁰ : mayor presupuesto, nombramientos, traslados, ascensos y sanciones disciplinarias de Jueces y Magistrados de Segunda Instancia.

Cuando la señora Presidenta del CNJ acudió al Parlamento a gestionar la aprobación de dichas reformas hubo bastante receptividad y los políticos parecían estar dispuestos a complacerla. La posibilidad se mantuvo hasta el último día del período por el que fueron electos. Sin embargo, estaba en lista de espera la discusión de otras reformas Constitucionales importantes, tales como las intervenciones telefónicas, y permitir que la Policía Nacional Civil tenga facultades de investigación de hechos delictivos independiente de la Fiscalía General de la República; coincidió igualmente la aprobación de prestamos internacionales, el nombramiento de nuevos magistrados a la Corte Suprema de Justicia que deberán tomar posesión el uno de julio de 2003 y el de dos miembros del Consejo Nacional de la Judicatura que iniciarán labores el uno de junio de 2003. Nada se discutió y todos los temas quedaron pendientes.

El Foro de Jueces Democráticos e Independientes, JDI, asociación a la que pertenece quien escribe, analizó las cuestionadas propuestas de reformas y sostuvimos ante la Comisión de Legislación y Puntos Constitucionales de la Asamblea Legislativa que la iniciativa presentada el 22 de mayo de 2001 por la Corte y que se contrae a introducir reformas orientadas a aumentar las causales de remoción a los miembros de la carrera judicial y a incorporar la obligación de declarar el estado del patrimonio personal y familiar del Juez y Magistrado, son medidas adecuadas y se apoyarían en su totalidad.

Las propuestas de reformas presentadas el 25 de noviembre de 2002, rechazadas por el Consejo las relativas a los traslados, promociones o ascensos y a las capacitaciones de los miembros de la carrera, hemos mostrado nuestro apoyo total o parcial a algunas de las reformas y el absoluto rechazo a otras, al considerar que van contra los intereses de los funcionarios judiciales y desplaza derechos adquiridos, tales como el Fondo de Protección que actualmente la Ley obliga mantener a la Corte y en virtud de reforma se pretende que dicho Fondo surja de la "contribución participativa de los miembros de la carrera".

De otro modo, y en este punto coincidimos con el Consejo Nacional de la Judicatura, entendemos que aún tratándose de traslados a los miembros de la carrera es necesario requerir ternas al Consejo. Sabemos que los traslados en efecto no significan ingresos a la carrera, pero en todo caso se emite un acuerdo de "nombramiento" y concurre el acto formal del juramento, en la medida que el nombrado adquiere nuevas actividades

420. Ver anexo 2. Dichas propuestas de reformas no fueron aprobadas por la Asamblea Legislativa que cumplió su período el 30 de junio de 2003. Esto significa que de acuerdo a los procesos de reformas la Constitución mediante el cual una legislatura debe aprobarlas y la siguiente ratificarlas no se prevé que a corto plazo el CNJ administre como quisiera la carrera judicial.

y una distinta competencia, por un lado; y por el otro, siendo que se trata de llenar una plaza vacante, ésta debe ser sometida a concurso para dar igualdad de oportunidades a los aspirantes, tomando en cuenta los parámetros legales. Proceso de selección que corresponde al Consejo.

De acuerdo a las propuestas de la Corte, dos son las razones por las que se pueden efectuar traslados: uno, a solicitud del interesado y dos, por razones de conveniencia del servicio, ambas calificadas por la Corte.

En el primer caso hemos considerado la eventualidad que un Juez se vea amenazado en su vida, integridad personal o familiar o que por razones de enfermedad grave le resulte sacrificado permanecer en una plaza determinada y se vuelva necesario y urgente su traslado; aún en este caso, consideramos que el traslado puede hacerse por la Corte de forma inmediata, pero siempre tomando en consideración la opinión del Consejo para conocer los antecedentes y comportamientos del Juez (resultado de evaluaciones, sanciones, conducta pública y privada, etc.) para calificar el lugar del traslado. Fuera de este caso excepcional y urgente, todos los traslados deben surgir de las ternas enviadas por el Consejo de la Judicatura.

En cuanto al segundo caso, "por razones de conveniencia del servicio", constituye una ambigüedad tal que se prestaría con mayor libertad a la discrecionalidad sin control o arbitrio de la Corte; podría atentar contra la independencia del Juez, ya que en la medida que la Corte tiene esas facultades - excesivas desde la Constitución como nombrar, remover, sancionar, conceder licencias- se amenaza con una estructura verticalista y el Juez en circunstancias concretas se podría sentir comprometido a responder a "un beneficio" otorgado por la Corte.

El modelo de administración de Justicia inspirado en los Acuerdos de Paz está orientado a crear instituciones que fortalezcan la independencia judicial y a fin de garantizar los contralores en el ejercicio del poder, se vuelve necesario un equilibrio entre la Corte y el Consejo.

Otro de los contenidos de las propuestas de reforma a la Ley de la Carrera Judicial está relacionado al sistema de remuneraciones, es necesario que los Jueces y Magistrados participemos en su elaboración; resulta lamentable la falta de estudios salariales de los miembros de la Carrera Judicial y encontramos enormes brechas entre distintas categorías, por ejemplo, entre un Magistrado de la Corte Suprema y un Magistrado de Segunda Instancia existe una diferencia salarial tremendamente desproporcionada; distancia que se marca en exceso con los Jueces de Paz. Los Jueces del interior del país, que en su mayoría deben trasladarse a residir a sus lugares de destino incurrir en gastos adicionales no reconocidos. Para contar con un lugar de discusión sobre este tema, es necesaria la participación de los jueces.

Respecto a las capacitaciones, nuestra concepción y propuesta es que todo lo relativo a la organización y puesta en marcha de los

programas de capacitación y formación para Jueces y Magistrados de Segunda Instancia, corresponde a la Escuela de Capacitación Judicial. Ello no impide que la Corte Suprema sea escuchada por la Escuela para efectos de coordinación tanto de necesidades de capacitación como de los permisos respectivos.

Una de las grandes quejas de los Jueces y Magistrados es la ausencia de verdaderas prestaciones sanitarias o seguros médico-hospitalarios y debe ampliarse el tiempo de licencias por enfermedad. Hemos contemplado casos de Jueces que al superar su enfermedad los cinco meses del permiso, sin que puedan volver a sus funciones, han tenido que ser separados de la Carrera Judicial. Por otra parte, consideramos injusto que el miembro de la Carrera que sufre una enfermedad incurable sea separado sin ningún beneficio y por ello proponemos que goce del mismo derecho a una jubilación y que haya acreditado al menos cinco años ininterrumpidos en la carrera y en calidad de propietario.

En cuanto a las bonificaciones e igualmente en coherencia con lo expresado por la Corte en el romano III de sus motivaciones se sostiene que para cumplir adecuadamente con la garantía de "una remuneración justa y un nivel de vida adecuado a la responsabilidad de sus cargos" y el afán de cumplir con las prestaciones mínimas, observamos en la propuesta de la CSJ, en primer lugar, que se incorporan beneficios a funcionarios que por su naturaleza no son miembros de la Carrera Judicial; en segundo lugar, no comprende beneficios a miembros de la Carrera Judicial que culminan ésta en el desempeño de una magistratura en la CSJ.

En razón de ello, sugerimos suprimir la frase "y los que hubieren cumplido el período para el cual fueron electos", pues todos los miembros de la Carrera Judicial, a quienes esta dirigida la Ley, son nombrados por tiempo indefinido, conforme a la estabilidad en el cargo reconocida en el artículo 186 inciso cuarto de la Constitución de la República.

4. NUESTRA POSICION

Tenemos que ser sinceros, la administración de la carrera judicial más que una enorme carga laboral administrativa tiene una importante concentración de poder. Administrar el presupuesto destinado al Órgano Judicial ⁴²¹, decidir los proyectos que deben implementarse, divulgar actividades y orientar publicidad de las gestiones, nombrar, trasladar, ascender e imponer sanciones disciplinarias, entre ellas la remoción de Jueces y Magistrados de Segunda Instancia, son fuentes o manifestaciones de poder.

⁴²¹. De acuerdo al Art. 172 de la Constitución de la República, el Órgano Judicial dispondrá anualmente de una asignación no inferior al 6% de los ingresos corrientes del presupuesto del Estado.

Quizá uno de los mecanismos en el que podrían converger tanto la Corte Suprema de Justicia como el Consejo Nacional de la Judicatura es que, sin suprimir los requisitos existentes, tratándose de nombramientos, ascensos y traslados lo sean por decisión de éste, con la ratificación de aquella. Por otra parte, el conocimiento de los expedientes disciplinarios, su tramitación y decisión debe corresponder al Consejo Nacional de la Judicatura con la posibilidad que la decisión sea revisable por la Corte Suprema de Justicia como una segunda instancia. Una de las críticas que se formulan a nivel de ordenamiento jurídico internacional es que en los procesos de imposición de sanciones disciplinarias, los Jueces no contamos con el derecho a recurrir ante una autoridad distinta a la que sanciona; es casi un imposible discutir con el máximo Tribunal en protesta de una sanción disciplinaria.

A la hora de decidir quien debe administrar la carrera judicial, no nos atreveríamos a propugnar por que lo sea de modo exclusivo la Corte Suprema de Justicia ni el Consejo Nacional de la Judicatura. Aunque reconocemos que muchas de las atribuciones concedidas a ambas instituciones han sido cumplidas a cabalidad, especialmente con loables aciertos en nombramientos, ascensos o traslados de Jueces o Magistrados de Segunda Instancia; también hemos soportado el sinsabor de actuaciones que no pueden estar impulsadas sino por el amiguismo o pago de favores; creemos que en estos últimos casos no se han cumplido aquellas exigencias constitucionales, legales y reglamentarias esperadas, sin que a la fecha se conozca de reclamos de un Juez o Magistrado que teniendo derecho a un ascenso o traslado precisamente por cumplir los requisitos y que haya sido marginado. Acertar en unos nombramientos y errar con otros es un problema que no ha sido adecuadamente enfrentado y lo que evidencia es la ausencia de reglas claras de los procesos de selección.

Es necesario corregir las probables violaciones a derechos fundamentales como el debido proceso administrativo en la tramitación de una sanción disciplinaria

ANEXO UNO.

I. PRINCIPIOS BÁSICOS RELATIVOS A LA INDEPENDENCIA DE LA JUDICATURA.

Considerando que, en la Carta de las Naciones Unidas, los Pueblos del mundo afirman, entre otras cosas, su voluntad de crear condiciones bajo las cuales pueda mantenerse la justicia y realizarse la cooperación internacional en el desarrollo y estímulo del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales sin hacer distinción alguna.

Considerando, que la declaración Universal de Derechos Humanos consagra concretamente el principio de igualdad ante la ley, el derecho de toda persona a que se presuma su inocencia y el de ser oída públicamente y con justicia por un tribunal competente, independientemente e imparcial establecido por la ley

Considerando, que el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos garantizan el ejercicio de esos derechos, y que el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos garantiza además el derecho a ser juzgado sin demora indebida,

Considerando que todavía es frecuente que la situación real no corresponda a los ideales en que se apoyan esos principios,

Considerando que la organización y la administración de la justicia en cada país deben inspirarse en esos principios y que han de adoptarse medidas para hacer plenamente realidad,

Considerando que las normas que rigen el ejercicio de los cargos judiciales deben tener por objeto que los Jueces puedan actuar de conformidad con esos principios,

Considerando que los jueces son los encargados de adoptar la decisión definitiva con respecto a la vida, la libertad, los derechos, los deberes y los bienes de los ciudadanos

Considerando que el Sexto Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, en su resolución 16, pidió al Comité de Prevención del Delito y Lucha contra la Delincuencia que incluyera entre sus tareas prioritarias la elaboración de directrices en materia de independencia de los Jueces y selección, capacitación y condición jurídica de los Jueces y Fiscales,

Considerando que, pro consiguiente, es pertinente que se examine en primer lugar la función de los Jueces en relación con el sistema de justicia y la importancia de su selección, capacitación y conducta.

Se declara que:

INDEPENDENCIA DE LA JUDICATURA

1. La independencia de la judicatura será garantizada por el Estado y proclamada por la Constitución o la legislación del país. Todas las instituciones gubernamentales y de otra índole respetarán y acatarán la independencia de la judicatura.

2. Los Jueces resolverán los asuntos que conozcan con imparcialidad, basándose en los hechos y en consonancia con el derecho, sin restricción alguna y sin influencias, alicientes, presiones, amenazas o intromisiones indebidas, sean directas o indirectas, de cualesquiera sectores o por cualquier motivo.

3. La judicatura será competente en todas las cuestiones de índole judicial y tendrá autoridad exclusiva para decidir si una cuestión que le haya sido sometida está dentro de la competencia que le haya atribuido la ley.

4. No se efectuarán intromisiones indebidas o injustificadas en el proceso judicial, ni se someterán a revisión las decisiones judiciales de los tribunales. Este principio se aplicará sin menoscabo de la vía de revisión judicial no de la mitigación o conmutación de las penas impuestas por la judicatura efectuada por las autoridades administrativas de conformidad con lo dispuesto en la ley.

5. Toda persona tendrá derecho a ser juzgada por los tribunales de justicia ordinarios con arreglo a procedimientos legalmente establecidos. No se crearán tribunales que no apliquen normas procesales debidamente establecidas para sustituir la jurisdicción que corresponda normalmente a los tribunales ordinarios.

6. El principio de la independencia de la judicatura autoriza y obliga a la judicatura a garantizar que el procedimiento judicial se desarrolle conforme a derecho, así como el respeto de los derechos de las partes.

7. Cada Estado Miembro proporcionará recursos adecuados para que la judicatura pueda desempeñar debidamente sus funciones.

LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y ASOCIACIÓN.

8. En consonancia con la Declaración Universal de Derechos Humanos y al igual que los demás ciudadanos, los miembros de la judicatura gozarán de las libertades de expresión, creencias, asociación y reunión, con la salvedad de que, en el ejercicio de esos derechos, los Jueces se conducirán en todo momento de manera que preserve la dignidad de sus funciones y la imparcialidad e independencia de la judicatura.

9. Los Jueces gozarán del derecho a constituir asociaciones de Jueces u otras organizaciones que tengan por objeto representar sus intereses, promover su formación profesional y defender la independencia judicial, así como del derecho a afiliarse a ellas.

COMPETENCIA PROFESIONAL, SELECCIÓN Y FORMACIÓN

10. Las personas seleccionadas para ocupar cargos judiciales serán personas íntegras e idóneas y tendrán la formación o las calificaciones jurídicas apropiadas. Todo método utilizado para la selección de personal judicial garantizará que éste no sea nombrado por motivos indebidos. En la selección de los Jueces, no se hará discriminación alguna por motivo de raza, color, sexo, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o condición; el requisito

de que los postulantes a cargos judiciales sean nacionales del país de que se trate no se considera discriminatorio.

CONCIONES DE SERVICIO E INAMOVILIDAD

11. La ley garantizará la permanencia en el cargo de los Jueces por los períodos establecidos, su independencia y su seguridad, así como una remuneración, pensiones y condiciones de servicio y de jubilación adecuada.

12. Se garantizará la inamovilidad de los Jueces, tanto de los nombrados mediante decisión administrativa como de los elegidos, hasta que cumplan la edad para la jubilación forzosa o expire el período para el que hayan sido nombrados o elegidos, cuando existan normas al respecto.

13. El sistema de ascensos de los Jueces, cuando exista, se basará en factores objetivos, especialmente en la capacidad profesional, la integridad y la experiencia.

14. La asignación de casos a los Jueces dentro del tribunal de que formen parte es asunto interno de la administración judicial.

SECRETO PROFESIONAL E INMUNIDAD

15. Los Jueces estarán obligados por el secreto profesional con respecto a sus deliberaciones y a la información confidencial que hayan obtenido en el desempeño de sus funciones, a menos que se trate de audiencias públicas, y no se les exigirá que testifiquen sobre tales asuntos.

16. Sin perjuicio de cualquier procedimiento disciplinario o derecho de apelación, ni del derecho a recibir indemnización del Estado de acuerdo con la legislación nacional, los jueces gozarán de inmunidad personal con respecto a las acciones civiles por daños y perjuicios derivados de acciones u omisiones indebidas cometidas en el ejercicio de sus funciones judiciales.

MEDIDAS DISCIPLINARIAS, SUSPENSIÓN Y SEPARACIÓN DEL CARGO

17. Toda acusación o queja formulada contra un Juez por su actuación judicial y profesional se tramitará con prontitud e imparcialidad con arreglo al procedimiento pertinente. El Juez tendrá derecho a ser oído imparcialmente. En esa etapa inicial, el examen de la cuestión será confidencial, a menos que el Juez solicite lo contrario.

18. Los Jueces sólo podrán ser suspendidos o separados de sus cargos por incapacidad o comportamiento que los inhabilite para seguir desempeñando sus funciones.

19. Todo procedimiento para la adopción de medidas disciplinarias, la suspensión o la separación del cargo se resolverá de acuerdo con las normas establecidas de comportamiento judicial.

20. Las decisiones que se adopten en los procedimientos disciplinarios, de suspensión o separación del cargo estarán sujetas a una revisión independiente. Podrá no aplicarse este principio a decisiones del tribunal supremo y a las del órgano legislativo en los procedimientos de recusación similares.

ANEXO DOS.

Propuesta de acuerdo de Reformas Constitucionales presentada por el Consejo Nacional de la Judicatura a la Asamblea Legislativa.

CONSIDERANDO.

I. Que a la Corte Suprema de Justicia y demás tribunales de la República les corresponde exclusivamente la potestad de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado;

II. Que con la finalidad de que la Corte Suprema de Justicia concentre sus actividades en el ejercicio de la función jurisdiccional es conveniente que un organismo independiente administre la carrera judicial y las plantas judiciales;

III. Que el organismo técnico independiente e idóneo para administrar la carrera judicial y las plantas judiciales es el Consejo Nacional de la Judicatura;

IV. Que siendo los nombramientos de los Magistrados de Cámaras de Segunda Instancia, Jueces de Primera instancia y de Paz y demás funcionarios de la carrera judicial, una función administrativa que forma parte de la carrera judicial, debe en consecuencia otorgársele la atribución de tales nombramientos al Consejo Nacional de la Judicatura.

POR TANTO.

LA ASAMBLEA LEGISLATIVA EN USO DE SUS FACULTADES CONSTITUCIONALES Y A INICIATIVA DE LOS DIPUTADOS, ACUERDA: las siguientes reformas a la Constitución, emitida por Decreto Constituyente No. 38, de fecha 15 de diciembre de 1983, publicada en el diario Oficial No. 234, Tomo No. 281, de fecha 16 del mismo mes y año y sus reformas posteriores, para su posterior ratificación.

Art. 1. Se suprime la atribución 5ª del Art. 182 de la Constitución.

Art. 2. Se modifica la atribución 9ª del Art. 182 de la Constitución por el

siguiente:

“Nombrar a los funcionarios y empleados de la corte Suprema de Justicia, de sus Salas y dependencias, removerlos, conocer de sus renunciaciones y concederles licencia.”

Art. 3. Se suprime la atribución 10ª del Art. 186

Art. 4. Se adiciona en el inc. 1º del Art. 186 de la Constitución lo siguiente: “... la que será administrada por el Consejo Nacional de la Judicatura”.

Art. 5. Se sustituye el inc. 1º del Art. 187 de la Constitución por el siguiente: “El Consejo Nacional de la Judicatura es una institución independiente, encargada de proponer candidatos para los cargos de Magistrados de la Corte Suprema de Justicia y de nombrar Magistrados de Cámaras de Segunda Instancia, Jueces de Primera instancia, Jueces de Paz y demás miembros de la carrera judicial”.

DISPOSICION TRANSITORIA.

Art. 6. El proceso de transición de la administración de la carrera judicial y de la administración de las plantas judiciales, con su correspondiente apoyo presupuestario, deberá regularse a través de un decreto transitorio especial que deberá emitir la Asamblea Legislativa, en el plazo de seis meses después de la entrada en vigencia esta reforma constitucional.

BIBLIOGRAFIA

Asociación e Independencia Judicial en Centroamérica Diagnostico de la Red Centroamericana de Jueces, Fiscales y Defensores por la Democratización de la Justicia. Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales y Sociales, Guatemala 2001.

BINDER, ALBERTO. “Los Oficios del Jurista”. Sistema Judicial. Publicación Semestral del Centro de Estudios Jurídicos de las Américas. CEJA- año 1 N° 1.

GUAMIERI, CARLO Y PEDERZOLI, PATRICIA. “Los Jueces y la política”. Poder Judicial y Democracia. Traducción de Miguel Angel Ruiz de Azua. Editorial Taurus.

Problemática de la Administración de Justicia en El Salvador. Comisión Revisora de la Legislación Salvadoreña, San Salvador, El Salvador. C.A. Diciembre 1990.

Revista Enlace N° 9, Octubre, Noviembre, Diciembre 2002, Consejo Nacional de la Judicatura.

11. CAPACITANDO JUECES: MAS ALLA DEL DESARROLLO DE UNA CAPACIDAD TECNICA PARA EL ANALISIS DEL DERECHO.

Roberto Rodríguez Meléndez

"Judicial education is now an accepted part of judicial life in many countries. It is an enhancement of the mental qualities necessary to the preservation of judicial independence (...) Judicial independence requires that the judicial branch is accountable for its competency, and the proposition is now accepted as beyond debate" R. Nicholson. *Judicial Independence and Accountability. Can They Co-exist?*

SUMARIO

1.- EL APRENDIZAJE DE SER COMPETENTE: introducción al objetivo de análisis de este ensayo. 2. CAPACITACION Y REALIDAD. 3. ESTADO DE LA CUESTION: NIVEL TEORICO Y PRACTICO. 4. DEL CONTENIDO DE LOS PROGRAMAS O CURSOS. 5. EL STAFF DOCENTE. 6. ALGUNOS EJEMPLOS, ALGUNAS PROPUESTAS. 6.1.1 El estudio de la Etica Profesional. 6.2. El estudio de la Jurisprudencia. 6.3. El análisis de la legislación aplicada. 7. A MODO DE CONCLUSION.

1.- EL APRENDIZAJE DE SER COMPETENTE: introducción al objeto de análisis de este ensayo.

El propósito de cualquier programa de educación judicial es diseñar un proceso que puede ser más o menos formalizado, y que intenta promover un aprendizaje continuo por parte de los miembros de la judicatura.

Pero este programa es distinto de otras formas de educación profesional en tanto debe de promover el aprendizaje y la búsqueda de la excelencia profesional que vaya más allá del desarrollo o dominio de una capacidad técnica, que para nosotros los abogados sería ir más allá del dominio de las leyes y doctrinas que nos suelen repetir en las escuelas de Derecho de las Universidades y algunas veces hasta en los cursos especializados de capacitación ⁴²².

Ello significa que ser competente, como objetivo de la educación judicial, debería de ser visto como el manejo y desarrollo de un crisol de conocimientos, aptitudes y actitudes, que van desde el desarrollo de un acervo cultural, manejo del conocimiento jurídico, razonamiento práctico hasta la existencia de cierta disposición para juzgar.

422. La Escuela Judicial tiene sus virus —dice Sagués—, entre ellos, el tecnicismo y el academicismo, que pueden transformarla en un curso de postgrado universitario más, alejada de la orientación netamente profesionalista que debe caracterizarla. Sagués, Néstor Pedro; "Las Escuelas Judiciales", Cuadernos para la Reforma de la Justicia, Universidad Nacional Autónoma de México, México., p. 122.

La introducción de este modelo de educación judicial conlleva el desarrollo de una gran variedad de tópicos para consolidar esta formación judicial integral alrededor de ese núcleo esencial en que consiste la preparación de un profesional del Derecho:



En la actualidad este modelo educativo podría consolidarse como herramienta adecuada para el fortalecimiento de las calidades necesarias para la preservación y verdadero desarrollo de una independencia judicial, entendida esta no como el juzgamiento que tiene como única referencia una responsabilidad “frente a Dios y frente a la historia”, aludiendo simplemente a la inexistencia de presiones externas para juzgar, sino el desarrollo de una independencia que rinda cuentas en lo que respecta a su ejercicio frente a la comunidad ⁴²⁴.

La intención del presente ensayo, es señalar de forma breve, algunos mecanismos a partir de los cuales, este modelo de formación profesional, puede ser introducido o generado, y ya que mi experiencia al respecto, ha sido justamente la ejecución y desarrollo de programas de capacitación dentro de la Escuela de Capacitación Judicial en El Salvador, me referiré a dichos programas y la forma en que los mismos, pueden ser germen de transformación educativa y actualización judicial, por medio de la educación.

En este sentido y siguiendo el esquema normativo que rige en El Salvador, podemos afirmar que el diseño y ejecución de los programas de educación o capacitación judicial corresponden a la Escuela de Capacitación Judicial -Art. 39 y 40 de la Ley del Consejo Nacional de la Judicatura (CNJ)- bajo aprobación del Pleno de dicho Consejo ⁴²⁵.

Los planes baste mencionar aquí, deben elaborarse sobre la base de necesidades reales de capacitación y siguiendo lineamientos y prioridades previamente definidas. En cuanto al contenido de los mismos, la normativa parece decantarse por tres rubros:

- 1) el estudio de la ética profesional,
- 2) del análisis la jurisprudencia y
- 3) el estudio de la legislación aplicada –Art. 42 Ley del CNJ-.

Vamos a efectuar un pequeño análisis sobre cada uno de estos apartados con el objetivo de presentar aquí algunos elementos importantes

423. En similar sentido se pronuncia Oxner, para quien el objetivo de la educación judicial es ayudar a generar y brindar fundamento al desarrollo de un operador competente e imparcial –o mejor crítico- y eficiente. Cfr. “Judicial Education”, paper excerpted from Sandra Oxner’s report (June 1999) on judicial education and the State of the Philippine Judiciary. Documento disponible en: <http://www1.worldbank.org/publicsector/legal/>

424. Este trabajo tiene como fundamento una investigación más extensa en donde se desarrolla el tema de la independencia judicial frente al concepto de accountability o rendición de cuentas. Al respecto véase: Rodríguez Meléndez, Roberto; “Retos de la Capacitación Judicial en América Latina”. Trabajo de investigación elaborado para obtener el título de Master en Sociología del Derecho para el Instituto Internacional de Sociología Jurídica de Oñati, País Vasco, Director de la Investigación José Albino Tinetti, Octubre de 2002.

425. Artículo 41 de la Ley del Consejo Nacional de la Judicatura.

sobre el tratamiento de cada uno ellos y la posibilidad que dentro de estos aspectos se pudiese reflexionar en orden a implementar mecanismos y metodologías para su tratamiento educativo que permitan formar profesionales reflexivos, críticos e integrales ⁴²⁶.

No obstante, deseo referirme antes a lo que considero es el estado actual de la cuestión en materia de capacitación judicial, especialmente en el área en la cual he tenido cierto contacto cotidiano, como lo fue el Área de Derecho Constitucional y de Derechos Humanos de la Escuela de Capacitación Judicial de El Salvador. No obstante, y con las excusas de aquellos que consideren su experiencia diametralmente distinta, considero que ello también es el común denominador en los procesos educativos para la enseñanza del Derecho en El Salvador, en general.

2.- CAPACITACION Y REALIDAD.

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

Voy a hablar ahora del área en la que con Salvador Héctor Soriano⁴²⁷ participamos de un esfuerzo por coordinar y lograr que los destinatarios o usuarios, estuviesen satisfechos con lo ofertado desde la Escuela de Capacitación Judicial en El Salvador en una temática específica como lo es el Derecho constitucional y los derechos humanos.

La Escuela ofrecía –y ofrece- una amplia variedad de cursos en dicha área. Para aproximarnos a ellos podríamos clasificarlos en dos ramas: los cursos generales o introductorios y los cursos especializados.

Se ofertaba –y se continua haciendo creo yo- cursos que introducen al operador jurídico al Derecho constitucional, área del Derecho que durante mucho tiempo en nuestro país fue totalmente desconocido o ignorado.

Los cursos introductorios al Derecho constitucional y a los derechos

426. Quienes deseen introducirse al modelo educativo de profesionales reflexivos que sustenta el presente artículo le recomiendo la lectura de: Shon, Donald; "La formación de profesionales reflexivos. Hacia un nuevo diseño de la enseñanza y aprendizaje en las profesiones", Temas de Educación, Paidós, Barcelona, 1992.

427. El presente artículo es una deuda y un homenaje póstumo a mi buen amigo Salvador Héctor Soriano Rodríguez quien fuera compañero de labores durante mi estadía como Coordinador del Área de Derecho Constitucional de la ECJ durante un breve período de tiempo.

humanos respondían y responden aún a la necesidad de un país en transición democrática: la definición, desarrollo y promoción, de lo que puede un día consolidarse como una cultura de los derechos humanos y del Derecho constitucional.

Por otra parte, los cursos especializados, responden a la necesidad de profundizar sobre la aplicación de la normativa constitucional o de derechos humanos, a partir de específicas temáticas que van desde el derecho procesal constitucional, el derecho internacional de los derechos humanos, hasta las relaciones existentes entre el Derecho constitucional y el Derecho penal, de familia, administrativo, etc.

En la totalidad de estos cursos -introductorios o especializados- se ha enfatizado en una específica visión: la del análisis jurídico especializado, en la interpretación normativa, en la discusión del contenido de conceptos jurídicos, en la utilización de las herramientas o vías procesales para la satisfacción de pretensiones. En fin, en un exclusivo punto de vista: en el desarrollo de una capacidad técnica especializada en el operador.

Y eso parece reflejarse también no sólo en la metodología de los capacitadores, sino en los programas mismos. Pero justamente durante la ejecución de estos cursos, nos dimos cuenta que dicho análisis no era suficiente: que el Derecho, no es una institución aislada de su contexto social y político, en fin de la comunidad que norma.

Y es que en definitiva, el estudio y desarrollo de los planes de cualquier institución dedicada a la capacitación o educación judicial tienen como principal cuestión a responder a la siguiente interrogante:

¿Cómo la respuesta

a esta pregunta depende de otro cuestionamiento directamente vinculado con el anterior?

Que a su vez sólo puede responderse, preguntándonos

¿Por qué?

Las respuestas, perdonen Uds., no son de fácil acceso. Lo cierto es que no lo podemos contestar nosotros -al menos no sólo nosotros- los abogados que ejercen, o los que se dedican a la docencia y mucho menos los jueces -que no pueden ser juez y parte-, porque las respuestas de estos cuestionamientos implican el conocer que dicen el resto de actores sociales y la sociedad civil en general sobre el trabajo que desarrolla la judicatura y cómo este podría optimizarse.

Evidentemente responder a estos cuestionamientos es de vital importancia para definir el rol de una Escuela Judicial y su orientación educativa.

Especialmente en lo que se refiere a la labor en materia de educación judicial y en cuanto a la necesaria relevancia práctica de la misma, es innegable que este cuestionamiento debe ser sometido a los destinatarios -es decir los operadores del sector justicia-, en términos de la definición y diseño de los programas para su aceptación por la judicatura, pues ciertamente el Juez que es quien prioritariamente se capacita, conoce

cuáles pueden ser las deficiencias en su formación o los ámbitos en los que desearía especializarse como destinatario, que busca la utilidad de los conocimientos que son impartidos.

Pero también es importante en la formación educativa del juez - y en esto creo que nos quedamos un poco cortos-, tomar en cuenta otro destinatario: el justiciable. En fin la sociedad, que es al fin y al cabo a quien sirve la justicia. Por ello es importante la consideración de cómo es concebido el trabajo del juez, desde diversas áreas: económica, social, la psicología, etc. Al fin y al cabo, quizá el rol de un profesional, al igual que nuestra misma personalidad, se conforma mediante dos perspectivas: la que nosotros mismos definimos y la que tienen y definen las personas de nuestro entorno.

Obviamente, si algo podemos decir, para responder las interrogantes antes expuestas, es que toda sociedad desea un Juez, más cercano a sus problemas, más mezclado en sus asuntos, más contaminado -si me aceptan dicha palabra- por su entorno social. Y ello considero no se logra, únicamente con el desarrollo de esa capacidad técnico-jurídica que algunas veces parecíamos enarbolar como bandera.

Ello es necesario, no suficiente.

Diseñar entonces un modelo de formación de jueces señala Correa, "implica una concepción del quehacer judicial. Por ello para poder diseñar una formación judicial, lo primero que hay que hacer es decir que es la función jurisdiccional, qué hacen los jueces...". Evidentemente, aquí presentamos una concepción del quehacer judicial vinculada con la realidad que norma, con su entorno y no-cerrada, aislada dentro del estricto ámbito del Derecho.

3. CAPACITACION Y REALIDAD



Una aproximación clásica sobre la determinación de necesidades educativas en el ámbito de la capacitación judicial, normalmente ha tratado de hacer referencia a las necesidades técnicas del operador jurídico, en orden de atender su labor cotidiana. Es decir, en el caso del Juez, la resolución de conflictos específicos determinados por el Derecho, por lo que dicha visión, suele ser considerada como políticamente neutral, y orientada exclusivamente a la interpretación y conocimiento de la Ley.

Sin embargo, en lo que respecta al papel de la educación y/o

capacitación judicial McGuinness , describe las peculiares dificultades de esta visión y de la supuesta neutralidad que incorpora: los jueces no pueden escapar de la orientación de sus propios intereses y valores de grupo. En este sentido afirma McGuinness ⁴²⁹ que este dilema sobre una supuesta neutralidad, esta directamente vinculado con el concepto de independencia judicial, que ha sido sobre todo operativo en una limitada expresión: como un conjunto de operadores jurídicos, separados, que constituyen un tercer poder/función dentro del Estado desde perspectiva teórica de vieja formulación.

La simple consideración o intento de crear un sistema jurídico capaz de resolver los conflictos generados en una sociedad, a partir de reglas, principios y valores, generados aisladamente dentro del marco de dicho sistema, es una visión fruto de dicha formulación teórica.

En la actualidad dicha formulación o concepción de la idea de "neutralidad" e "independencia" es seriamente criticada, o por lo menos ha tratado de ser complementada. Así y específicamente en lo que atañe a las labores de educación judicial, esta nueva visión de independencia refleja una complejidad dual.

Por una parte, los procesos de educación judicial, siguen enfatizando en la concepción y consolidación del clásico concepto de "neutralidad" –la actuación de un tercero, el juez, en la resolución de un conflicto, sin intereses hacia uno u otro de los afectados- e "independencia" -libertad a la hora de decidir, frente presiones externas o internas al sistema judicial-, pero a su vez, dichos conceptos se han visto complementados por otra faceta: la responsabilidad en la toma de decisiones (que nosotros vamos a entender, como el necesario conocimiento de los resultados que una decisión o resolución puede implicar para terceros, o en otras palabras, evaluación de resultados, a partir de diversas experiencias o enfoques.).

Este aspecto es sumamente importante, en tanto, la idea del entendimiento de una "independencia" y "neutralidad" judicial formal o unidireccional, puede relacionarse, con el desarrollo de una específica y aislada forma de llevar a cabo las labores en educación judicial dentro de las Escuelas Judiciales. De ahí que el diseño del proceso de educación judicial pueda aparecer en la práctica:

- I) aislado de su contexto social o al contrario, o bien,
- II) influido a partir de la incorporación de específicos contenidos ajenos al desarrollo de una exclusiva capacidad técnico-analítica del estudio del Derecho, lo cual tiene evidente trascendencia en la construcción de los valores y principios que el operador jurídico tiende a operativizar: justicia, dignidad, libertad, igualdad, etc.

Como resultado esta construcción o ampliación de los conceptos

428. MacGuinness, "No case for judgement", The Australian Law Journal 20, January, 1993., p. 36

de independencia y neutralidad en el Derecho, la educación judicial, si toma en consideración dicha formulación, se constituye en un proceso de formación y profesionalización que adquiere un carácter distintivo y único para la formación del Juez.

~~de la~~

~~de la~~

~~de la~~

~~de la~~

La tarea no suele ser fácil, como destaca Sagués, suele estar plagada de obstáculos, reticencias e incomprensiones: "El lanzamiento de una Escuela Judicial "en serio", provoca que ciertos grupos de la clase política y judicial saldrán —a la larga o no— perdiendo bastante de sus anteriores posiciones de poder y de privilegio. La cuota de prerrogativas y favoritismos en las nominaciones y en los ascensos judiciales, por cierto, tenderá a restringirse, y eso duele a más de uno. Otros no pierden nada, pero se oponen al cambio por el cambio mismo. Carentes de imaginación y desde luego, de audacia, tales profesionales del desencanto ven el peligro en todo lo distinto a aquello que aprendieron cuando se graduaron. Los peores adversarios sin embargo, no son los que mencionamos, sino quienes, graduados en gatopardismo, so pretexto de sumarse a la empresa regeneradora del poder judicial, de hecho intentan manipular a la escuela a favor de sus intereses personales o de los sectores a los que el instituto pretende precisamente superar " 430 .

4. DEL CONTENIDO DE LOS PROGRAMAS O CURSOS

En algunas ocasiones se diseñan los cursos o programas, bajo una base producto de una forma de pensamiento jurídica en. Esto implica el análisis de los problemas a partir de un conjunto de reglas o normas que nos darán luego de un exhaustivo análisis, la respuesta a todos los casos.

Algo se ha hecho al respecto: la introducción de análisis a partir de principios y valores normativos, es una salida a la estricta visión legalista decimonónica, pero además de no ser la única, sigue siendo sumamente parcial. Me refiero aquí a todas aquellas teorías que dentro del Derecho han tratado de conformar un escape al análisis normativo clásico, permitiendo la penetración o ponderación de niveles éticos en el Derecho, como lo son

429. Sagués, Néstor Pedro; "Las Escuelas Judiciales", ya citado, p. 23.

la teorías valorativas del Derecho, o la idea misma de los derechos humanos.

Por otra parte, el análisis doctrinal, como herramienta educativa, es indudablemente indispensable. Pero el problema de ambas soluciones, que son quizá las más comunes en buena medida en los cursos de capacitación, es que, tanto el pensamiento doctrinal, como las doctrinas o teorías que pretenden formular una ética de la justicia, como el caso de la Teoría valorativa, nos tratan de exponer y llevar, "desde dentro del sistema jurídico" hacia la respuesta correcta.

Pero este reclamo del pensamiento jurídico, que como apuntamos antes pretende ser autónomo, frente a una postura política o ética, es del todo falsa, y sólo lleva, -si es el único contenido y método utilizado en la educación judicial-, a la creencia por parte del capacitando en esta visión del razonamiento legal.

Si los contenidos y métodos de enseñanza en la educación judicial pretenden ser más que retórica, los contenidos dentro de los cursos de capacitación judicial deben ser abiertos, en cuanto a la problematicidad de los temas y con relación a las vías para solucionarlo: indeterminados, en el sentido que no puede brindarse una "respuesta correcta" o, por lo menos única, y polémicos, es decir, tendentes a crear más que acuerdo, conflicto, pues quizá éste, y no el acuerdo, sea el único método capaz de generar un análisis creativo y constructivo.

No cabe duda, que el análisis clínico del Derecho –como método de enseñanza-, en donde la Escuela de Capacitación en El Salvador, no tiene nada que envidiar a otras experiencias, ha sido un paso enorme, en el desarrollo de los contenidos o programas educativos, quizá para complementarlo, deberíamos ir considerando en introducir poco a poco, el conocimiento no-jurídico, escuchando también, como esas soluciones legales primero, interpretativas, después, son analizadas por sociólogos, sicólogos, economistas, antropólogos, etc.

Consciente estoy que este no es solamente un problema de diseño del programa educativo, es ante todo de actitud docente y de la conformación del staff docente. De ahí que me refiera a continuación a dicha cuestión.

5. EL STAFF DOCENTE.

~~XXXXXXXXXX~~

~~XXXXXXXXXX~~

~~XXXXXXXXXX~~

~~XXXXXXXXXX~~

~~XXXXXXXXXX~~



Es indiscutible el papel fundamental que juegan el docente y administrativo de una institución para el cumplimiento de objetivos y metas definidos en el curriculum. De ahí que dediquemos a ello este subapartado.

Específicamente en el aspecto docente o académico, recientes estudios llevados a cabo en los Estados Unidos ⁴³¹, han corroborado, un aspecto en educación que viene siendo desde hace tiempo aceptado en el Derecho, bajo una frase hecha: “Mas vale tener buenos jueces con malas leyes, que magnificas leyes, con malos jueces aplicándolas”.

El efecto de la calidad docente sobre el cumplimiento de objetivos de un programa educativo –su implantación-, y en especial de un programa de educación hacia profesionales es de gran envergadura: su mala escogitación puede hacer fracasar los más ambiciosos programas educativos, mientras al contrario un docente flexible, dedicado y actualizado, permite su consecución, pese a diversos obstáculos que pudiesen afectar la ejecución del programa en la práctica.

Ello es debido a que, “No basta con saber la asignatura para dar clases (...) En realidad sí que es suficiente desde un punto de vista administrativo o formal, pero no desde un enfoque profesional. Si fuera una mera cuestión de conocimientos mejor sería traspasar la responsabilidad de la educación a buenos programas de vídeo interactivo y de informática. La educación es algo más que una emisión de información. Hay un intercambio simbólico-educativo, en torno a la información, marcado por procesos de culturización”⁴³², sobre todo en etapas históricas como en las que actualmente vivimos ⁴³³.

Es indudable en este contexto que el capacitador/facilitador/investigador de la ECJ necesita conocer el contenido

430. En 1998 The California Education Policy Seminar y The California State University Institute for Educational Reform, desarrollaron un forum sobre calidad docente, en el que luego del análisis de los datos correspondientes, llegaron a la conclusión que el éxito educativo en la Universidad de California, señalaba como una primera variable de influencia del éxito del alumnado era un: un 49% factores familiares y sociales del destinatario, un 43% la experiencia y la calidad docente del centro y un 8% la dimensión del grupo de destinatarios. Cfr. “Doing What Matter Most: Investing in Quality Teaching”. May 1998, Sacramento, California, 1998, p. 6.

431. Hernández, Fernando; Sancho, Juana María; “Para enseñar no basta con saber la asignatura”, cuadernos de pedagogía, Laia, Barcelona, 1989, p. 5. Pero de esta, que es una aparente reflexión muy conocida, se generan toda una serie de interrogantes para el mejoramiento del staff docente: ¿Cómo atraemos y formamos a los mejores profesionales al campo educativo en la ECJ? ¿Cómo podemos proveer de calidad los procesos de capacitación profesional desde el staff docente? En fin, ¿Cómo fomentamos y recompensamos al buen capacitador, docente o investigador? 432. “Las transformaciones tecnológicas y de las sociedades hacen emerger a su vez, nuevas demandas y sentidos a la formación. Unas demandas que invariablemente sólo se podrán desarrollar a partir de que las personas posean una amplia base educativa para poder escoger y adaptarse. Este es realmente el significado de expresiones como: sociedad de la información, sociedad del conocimiento, sociedad del aprendizaje..”. Rué, Joan; “Qué enseñar y por qué. Elaboración y desarrollo de proyectos de formación”, Papeles de Pedagogía nº 55, Píados, Barcelona, 2002, p. 25.

de su área temática, pero también que conozca sobre el proceso enseñanza-aprendizaje, así como hacerlos partícipes del diseño y desarrollo del currículum y de los mecanismos de diagnóstico de necesidades. De ahí que los capacitadores serán también en parte capacitandos en un proceso en el que su acción y participación se vuelve necesaria en la totalidad del mismo ⁴³⁴.

De lo contrario, se puede implantar un mal, que es endémico en los procesos educativos en general: usualmente los facilitadores/capacitadores terminan vinculados con dos de los procesos del currículum; la implementación, o sea la puesta en escena, y la evaluación. De esta forma cuando el currículum, entendido como ese conjunto de procesos que mencionamos arriba, cuando se pone en práctica, viene ya previamente definido –objetivos, contenidos, etc.- para una buena parte del docente, por lo que el éxito del programa estará ligado a la posibilidad de los capacitadores, para seguir las recomendaciones de los diseñadores y planificadores del programa.

No obstante, como regla general, el facilitador en este esquema nunca realizará una buena implementación, puesto que él en menor o mayor grado, tratará de adaptarse al medio, a las características de sus propios capacitandos, a sus propios intereses, formación profesional, y a su forma de ver la educación, etc. Al final, la relación capacitando-capacitador-currículo termina siendo parcial, con lo que puede separarse aún más el currículum real del formal ⁴³⁵, lo cual en el contexto de la educación de adultos y en especial en el de la actuación judicial, puede generar efectos negativos a la hora de ponderar por parte de los destinatarios, la practicidad/utilidad de los cursos de capacitación.

De lo contrario su participación en el diseño curricular sería vacía, sin orientación; dirigida –en el mejor de los casos- únicamente hacia la

433. Cfr. California Education Policy Seminar y The California State University Institute for Educational Reform; "Doing What Matter Most: Investing in Quality Teaching". May 1998, Sacramento, California, 1998., p.10.

"Some law professors do not ask questions about curriculum because they implicitly assume that the current classification of the legal fields is optimal or perhaps inherent in law . But differentiation among legal fields primarily affects legal teaching and scholarship, because the recognition of new legal fields imply what the are and what the do.". Lyon Levine, Martín; "Legal Education and Curriculum Innovation:...", en "Legal Education", The International Library of Essays in Law and Legal Theory, Dartmouth, Aldershot, United Kingdom, 1993, p. 564-565.

434. Cfr. Fernández Sierra, Juan; "Evaluación del currículum: perspectivas curriculares y enfoques en su evaluación", en: José Félix Angulo; y Nieves Blanco (Coordinadores); "Teoría y desarrollo del currículum", ediciones Aljibe, Málaga-Granada, 1994., p. 303-304.

435. Como señala Klare "The law-school curriculum will not change very much until we –i.e. law teachers- change ourselves and our professional identities". En: Klare, Karl E.; "The Law-School Curriculum in the 1980s...", En Lyon , Levin, Martín; "Legal Education", ya citado, p. 337.

incorporación de “nuevos” contenidos producto de la comparación, o de la “moda”⁴³⁷. Ahora bien, es indudable que cualquier cambio sobre como se realiza la práctica docente generará fuertes resistencias, especialmente si el grupo docente, no ha sido preparado para tal cambio.

Dentro de la ECJ, por regla general los capacitadores poseen una amplia experiencia en el área temática en que ejercen sus funciones, primando la especialización –no es muy común salvo casos contados, que un capacitador lo sea, en diversas áreas- en su materia ⁴³⁸.

Ello ha generado un alto nivel académico-jurídico dentro del área de capacitación, aunque muy poco plural y sumamente limitado en enfoque y perspectiva ⁴³⁹: mi apreciación producto del contacto cotidiano con el docente ha sido que buena parte -sino la mayoría- de los capacitadores, sigue bajo el entendimiento que el razonamiento legal como sistema de conocimiento tiene un significado preciso, de tal forma que es capaz de brindar soluciones o resolver conflictos sin ninguna relación con factores políticos, culturales, éticos o económicos. Además, un buen sector de los capacitadores son funcionarios o empleados dentro del sistema judicial –como jueces, auxiliares u operadores-, por lo que el análisis y exposición docente de dichos tópicos es limitado es esa faceta: un análisis estrictamente judicial de los derechos, bajo una corriente o posición bastante definida, lo cual no esta muy acorde con el perfil multidisciplinar esbozado institucionalmente a implementar en los cursos de capacitación ⁴⁴⁰.

En cuanto a la experiencia y preparación docente de dicho docente -en aquellos casos que existe- esta relacionada sobre todo con la docencia

436. Podríamos afirmar inclusive que la reforma e innovación del curriculum descansa en buena medida en cambios en la actitud docente del profesional del Derecho en El Salvador y su capacidad para replantearse su rol y su conocimiento.

“Incumbent law teachers would be obligated to acquire new capabilities in practice and/or in social analysis. New teachers would be trained and recruited on a like basis. Change of the kind advocated or, indeed, any sort of serious curriculum reform is simply impossible unless and until we retrain ourselves as an interpersonal training or students need. Education of the educators is therefore a necessary precursor of curricular progress”. Ibidem, p. 343

437. “Specialization has become the norm rather than the exception for the profession. Not surprisingly many contemporary commentators have concluded that fragmentation and fissuring between different sectors of the profession has become almost endemic in the last few years”. Paterson, Alan A.; “Professionalization and the Legal Services Market”, en: *International Journal of the Legal Profession* nº 3, Carfax P. United Kingdom, p. 138. Por otra parte, es innegable que la educación para el mundo del trabajo, ya no puede entenderse como especialización –como ha apuntado Gimeno Sacristán-, “sino como la diferenciación de una formación general que afecta a toda la personalidad, a su entorno y a los modos de enfrentarse con la vida.”. Sin embargo, debido a la continua utilización en castellano del concepto de especialización es que utilizamos aquí dicho término, con esta salvedad. Gimeno Sacristán, José; “Educar y convivir en la cultura global”, Ediciones Morata, Madrid, 2001, p. 17.

438. Me parece en buena medida aplicable lo sostenido por Klare para los profesores de Derecho de los 80 en los Estados Unidos: “The premise so carefully inculcated by our teachers is that special mode of reasoning is capable of taking us from legal premises (e.g. precedents, notions of rights or of social policy) to determinate answers, determinate solutions in particular cases, without resort to political or ethical choice.”.

Legal reasoning exist primarily as an array of highly stylized modes of justificatory rhetoric. From the standpoint of logic –as opposed, for example, to the perspectives or anthropology of hermeneutics –there simply is no necessity or determinacy to legal reasoning, no inner compulsion to its methods. Klare, Karl, E.; “The Law-School Curriculum in the 1980s...”, ya citado., p. 340.

439. En este sentido me parece muy sugestiva la observación de Besnard y Liétard, sobre la estructura de las edades y la educación, en el sentido que puede ser que sea aplicable también a las profesiones: “La estructura de las edades –y las profesiones- presenta una relación entre ancianos y jóvenes –capacitadores y capacitandos en la capacitación judicial-: los primeros transmitiendo a los segundos la herencia cultural de un modo unilateral. La educación es autoritaria, y la transmisión es más la de un código de hábitos morales –valores jurídicos- y de habilidades que la difusión de una cultura...”. Las curvas son mías. Tomado de: Besnard, Pierre; Liétard, Bernard; “La educación permanente”, Oikos-tau ediciones, Barcelona, 1979., p. 17.

universitaria, lo que en El Salvador, significa poca o nula preparación en aspectos docentes y en general en procesos educativos.

Con relación a la organización entre los docentes, puede afirmarse que, si bien se incentiva el diálogo entre éstos con la finalidad de discutir el desarrollo y la incorporación o sustitución de las temáticas dentro del área sujeta a estudio, ello ha encontrado fuerte resistencia por parte de los capacitadores, quienes en su mayoría son personal académico a tiempo parcial dentro de la ECJ, por lo que poseen diversas actividades o cargas laborales y académicas fuera de ella.

Es innegable los esfuerzos de la Dirección y de los Coordinadores de Área para el cumplimiento de sus funciones sobre todo a partir de la búsqueda de expertos consultores nacionales e internacionales para la impartición de cursos; no obstante, la existencia de poco personal dedicado en forma completa o exclusiva a las actividades de la ECJ, así como el excesivo apoyo en capacitadores a tiempo parcial, puede limitar el cumplimiento de los objetivos y metas definidos por el marco legal y la planeación anual de la ECJ.

Tal parece entonces que la unión de dos variables: escasez de recursos personales propios y una tendencia a la especialización poco integrada pueden generar a la larga una grave limitación en la consecución de objetivos de los programas de la ECJ.

Por ejemplo, la formación estrictamente jurídica de los capacitadores de la ECJ implica cierto déficit en el cumplimiento de los objetivos formulados institucionalmente. Así, la capacidad de formar profesionales críticos y reflexivos dentro del Programa de Capacitación Continua (PCC) de la ECJ tiene una limitante: que el discurso y diálogo que pudiese formarse dentro del proceso de educación judicial, es un diálogo interno –un diálogo entre el gremio- que no tiene en cuenta, o lo tiene en muy poca medida el análisis realizado por otras disciplinas o sectores de la sociedad civil sobre la justicia, su misión y objetivo.

La racionalidad generada dentro de este proceso, es una racionalidad limitada, al excluir otras “razones” tan válidas como el análisis jurídico, que debe ser prioritario, pero no único, y que en todo caso merece replantearse en cuanto a sus contenidos, sus métodos y fines en el ejercicio docente dentro de este proyecto educativo.

440. Claro está que cuando una modalidad de actuación se halla tan difundida que tenemos que pensar que su reproducción no obedece a estas dos únicas variables y que su reproducción y pervivencia se deben a factores más estructurales dentro de la cultura jurídica salvadoreña, que por ejemplo, sigue manteniendo una clasificación del profesorado en función de su adscripción a distintas materias de conocimiento. Dichas áreas son algo más que una modalidad de agrupar el pensamiento: compiten por el poder, el prestigio, etc.

117-111
114-117
110-111
110-111

La escasez de recursos puede ejemplificarse con el desarrollo de la investigación. Ciertamente la ECJ considera como necesaria la incorporación de investigadores, a nivel del discurso institucional. Sin embargo, en la práctica, dentro del área de Derecho constitucional y Derechos Humanos, hasta mediados del año 2002, no había ninguna persona ejerciendo tales funciones en forma exclusiva dentro de la institución⁴⁴³

Como puede observarse el factor de escasez de recursos define las prioridades institucionales en la práctica, aún cuando el discurso institucional formula una amplia cobertura de objetivos o metas.

Resulta innegable que formación de profesionales como capacitadores e investigadores dentro de la ECJ, implica una gran inversión, y quizá un pequeño cambio o matiz en la orientación hasta ahora desarrollada o promocionada institucionalmente: es necesario promocionar la participación de los profesionales que hoy forman parte del staff de la ECJ en programas de capacitación pedagógica, como prioridad, en orden a desarrollar un cuerpo de profesionales cualificados pedagógicamente ⁴⁴⁴ así como también en aquellas áreas de conocimiento que fomenten el desarrollo de valores y habilidades necesarios para el ejercicio de una labor como facilitador: tolerancia, respeto a la diversidad de ideas, formación ética, etc., considerándose que dicho proceso es también de formación continua ⁴⁴⁵.

Como mencionamos anteriormente el problema ha sido enfrentado en el Programa de Formación Inicial para Jueces de la Escuela de Capacitación Judicial –PFI- al crear las áreas para . No obstante, su implementación a partir del 2001 hace imposible por cuestiones de espacio de tiempo, efectuar evaluaciones a este respecto, al ser un proyecto de educación judicial cuyos resultados aún no pueden ser examinados, dado que dicho Programa aún se encuentra en etapa de ejecución.

Sin embargo, es indudable que el staff docente ha sido ampliado con la incorporación de los componentes para-legal y no-jurídico, lo que podría permitir el conocimiento y la discusión mediante diversos enfoques,

441. Cfr. Rué, Joan; "Qué enseñar y por qué...", ya citado, p. 35

442. Posiblemente se podría argumentar que el mismo personal docente a tiempo parcial y completo, sería el requerido para realizar labores de investigación. Sin embargo, la falta de personal y su disponibilidad horaria han sido quizá uno de los mayores obstáculos para el cumplimiento de los objetivos previstos y la cobertura de necesidades de los destinatarios de los cursos.

443. Cfr. The California Education Policy Seminar; "Teachers and Teaching. Recommendations for Policy Makers", Seminar3 Sacramento, California, 1994., p.10. Recurso disponible en Internet: <http://www.csus.edu/ier/reports/teaching.pdf>

444. En buena medida, la especialización en el ejercicio de la profesión puede ser realizada o lo ha sido en muchas ocasiones sobre la base de convenios con otras instituciones nacionales a las cuales pertenecen los capacitadores. Aquí es necesario el acuerdo interinstitucional en orden a mejorar su propios cuerpos funcionariales, dentro un diálogo donde la ECJ/CNJ debe de participar activamente para obtener profesionales formados.

posibilitando la incorporación de un staff dentro de los procesos de educación judicial de personal formado en múltiples disciplinas ajenas al Derecho.

En todo caso queda latente un riesgo asumido, mediante la incorporación de áreas no-jurídicas y parajurídicas dentro de los programas de capacitación judicial

constituyendo esto último un importante elemento dentro del modelo educativo de formación de profesionales.

Esto esta relacionado directamente con la práctica docente en tanto, siguiendo a Rué, “para que las prácticas docentes se modifiquen y la cultura profesional se acabe transformando, no se puede insistir en el mismo error en el que se ha caído históricamente: creer que basta con reorganizar los currículos sobre el papel, con aportar a los profesionales información proporcionada por expertos, o con elaborar nuevos listados de contenido, y sobre todo, constreñir a los profesionales mediante nuevas formas de regular externa o burocráticamente su trabajo y el contexto de la enseñanza”⁴⁴⁶.

Lo anterior nos lleva a razonar que las propuestas de cambio actitudinal o cultural, pasan por la necesaria participación y transformación de las prácticas docentes, con la finalidad que estos puedan acomodarse a las nuevas exigencias. En fin, esto no significa otra cosa que puede ya haberse adivinado: “el desarrollo curricular se completa en la mejora profesional del docente, como tal”⁴⁴⁷.

6.- ALGUNOS EJEMPLOS, ALGUNAS PROUESTAS

Actualmente, se esta enfatizando en la necesidad de educar en la diversidad, con la finalidad de ofrecer al "capacitando" una visión integral y no lineal de los problemas que se pueden afrontar en la sociedad. Ello

445. Rué, Joan; "Qué enseñar y por qué...", ya citado, p. 29.

446. Hargreaves, insistirá en esta idea formulando que es "improbable que se den cambios en el currículum sin que se registren los correspondientes cambios entre los enseñantes". A ello podríamos añadir, que para que la nueva cultura docente y profesional se promociene y se vaya enraizando, no sólo debe de enunciarse, ni dar paso a nuevas experiencias, sino que es preciso que se irrumpa la reproducción de la anterior. Cfr. Rué, Joan; "Qué enseñar y por qué...", ya citado, p. 30.

esta directamente vinculado con la reconstrucción de los conceptos antes esbozados y su influencia en la educación judicial.

La idea de educar en la diversidad puede ser aplicada a la labor judicial: ello implica, tomar en cuenta como la diversidad puede influir en el proceso de "deliberación" del Juez. Por ello, siendo tanto la de neutralidad e independencia conceptos de vital importancia en la formación de la judicatura, pretendo ahora compartir con ustedes, diversos caminos para una construcción "paralela" de lo que imparcialidad, neutralidad y en última instancia razonamiento legal puede implicar, y para ello utilizaremos el encuadre normativo que ya fue enunciado en el inicio del presente ensayo.

6.1.- El estudio de la ética profesional.

"Law, by contrast, is aggressively rational, linear, and goal-oriented. Law, many lawyers say, is based on facts, not feelings; it is logical; and success is measured by whether you win or lose in court or by the dollar amount of settlements. (Melissa L. Nelken. "If I'd Wanted to Learn About Feelings, I Wouldn't Have Gone to Law School")

Sobre este aspecto podemos señalar que su desarrollo ha sido más bien mínimo. No existió durante mucho tiempo dentro de las áreas temáticas implementadas por la Escuela de Capacitación Judicial un módulo o curso básico sobre ética profesional ⁴⁴⁷, y en realidad es discutible la necesidad del mismo pues, sin ánimo de decantarnos por una opción, podría sugerirse que el discurso ético, bien puede ser asumido dentro de cada curso de capacitación; claro que ello implica la preparación del estudiante académico en tal aspecto ⁴⁴⁸.

En todo caso un buen mecanismo para el estudio de la ética profesional es a partir de la asunción de los diversos punto de vista que pueden desarrollarse en la toma de una decisión judicial, pues ello nos puede llevar al análisis de nuestros propios presupuestos éticos o culturales, sobre todo tomando en cuenta que hoy por hoy, hablar de objetividad en las ciencias sociales, e inclusive en las llamadas ciencias exactas, es sumamente discutible, especialmente en materia de razonamiento y

447. A partir del año 2001 la ECJ considero adecuada la inclusión de un curso de capacitación denominado Ética Judicial o Ética Jurídica –se utilizan ambas denominaciones en el programa-, dentro del Programa de Formación Inicial (PFI). Tomado de: Consejo Nacional de la Judicatura. Escuela de Capacitación Judicial; "Programa de Formación Inicial para Jueces (PFI). Plan Docente de la Etapa Teórico-Práctica", Primera Promoción 2001-2003, San Salvador, 2001, p. 37, 92, 101.

448. Creo que ahí debería radicar el énfasis en materia de la enseñanza de aspectos éticos a profesionales. No es entonces la formación de un curso sobre ética jurídica en el que se expondría y desarrollarían una amplia gama de normas éticas para una profesión la que podría generar unos resultados esperados en el operador –ello en todo caso podría ser un primer paso, pero no el último. Véase: Johnstone, Ian & Treuhart, Mary Patricia; "Doing the right thing: An Overview of Teaching Professional Responsibility", Journal of Legal Education n° 1, West Publishing Company, 1991, p. 82.

valoración ética ⁴⁵⁰.

En este sentido es sumamente sugestivo para la reconstrucción de los fundamentos mismos de aquel Derecho formado sobre la idea de una supuesta objetividad alcanzable, la toma en consideración que, subjetividad -experiencia-moral-cultura-emociones- pueden ser parte esencial de nuestro razonamiento, por lo que la forma óptima de analizar el mecanismo en que razonamos no es descartando dicha carga cultural o subjetiva, sino más bien aprendiendo a canalizarla ⁴⁵¹ a partir del análisis clínico del Derecho.

Dicho análisis puede efectuarse dentro de cualquier área o eje temático en tanto, toda decisión jurídica, como ordenar un arresto, iniciar un proceso judicial, encontrar al culpable de un delito, etc., esta conectada con un conjunto de aspectos subjetivos y una carga moral que a veces percibimos y otras no ⁴⁵², pero que podemos aprender y desaprender.

Por tanto, la idea de un razonamiento o juicio que requiere el desarrollo de un aprendizaje "afectivo" puede conllevar interesantes implicaciones en el proceso de educación de jueces y profesionales del Derecho en general desde un punto de vista ético ⁴⁵³. Esto no es ninguna novedad: es ya muy conocido en el ámbito del Derecho a partir por ejemplo de la vasta literatura existente sobre el necesario desarrollo de características individuales, que se consideran virtudes necesarias para el ejercicio de la judicatura: integridad, honestidad, "moralidad y competencia notorias" ⁴⁵⁴, etc.

Sin embargo, el problema ha sido que generalmente la ética jurídica ha sido desarrollada sobre la base de un conocimiento dado, una teoría o discurso previo, ya existente y que se impone al participante; ello impide la discusión reflexiva, y minimiza la posibilidad de interactuar teoría y práctica.

La ética jurídica contiene elementos ajenos al Derecho y que resulta imposible de expresar a partir del desarrollo de un discurso teórico,

449. "Judgment, according to Hannah Arendt, is genuinely subjective. It refers to matters about which no objectivity truth-claim can be made. But judgement is not therefore merely arbitrary or simply a matter of preference. Judgements, properly understood, are valid for the judging community". Nedelsky, Jennifer; "Embodied Diversity and the Challenges to Law", in: MacGill Law Journal n° 42, 1997., p. 107. Véase para un análisis más profundo al respecto: Arendt, Hannah; "Between Past and Future: Six Exercises in Political Thought", Faber & Faber, London, 1961.

450. En "Descartes' Error: Emotion, Reason and Human Being" el neurólogo Antonio Damasio ofrece al respecto, una fascinante teoría sobre como las emociones son parte esencial de nuestro razonamiento. Véase: Damasio, Antonio R.; "Descarte's Error: Emotion, Reason and Human Being", Putnam, New York, 1994.

451. Este no es un descubrimiento novedoso; como sabemos, Aristóteles discutía sobre la necesidad de educar en el afecto, para un adecuado desarrollo del carácter. A ello, hoy le podríamos denominar, como la necesaria educación en valores éticos, muy cercana al desarrollo de Códigos éticos o deontológicos, que cada vez más adquieren importancia en nuestro ordenamiento jurídico.

452. Se ha destacado que el Derecho es "agresivamente racional, lineal y orientado por definidos valores normativos", por lo que dicho proceso de aprendizaje no será del todo fácil. Véase: Nelken, Melissa L.; "Negotiation and Psychoanalysis: If I'd Wanted to Learn About Feelings, I Wouldn't Have Gone to Law School", en: Journal of Legal Education n° 3, Volume 46, September 1996., p.421.

453. Esto estipula la Constitución salvadoreña al referirse a los requisitos para ser funcionario judicial. Ahora bien, como se traduce eso a la hora de diseñar un programa de capacitación judicial que trate de desarrollar dichos conceptos no es tarea fácil. Pero lo cierto es: a) que en el ámbito normativo exigimos esos caracteres personales; b) que si los exigimos, es tarea de una institución que forma jueces, desarrollarlos; y c) que su cumplimiento o desarrollo individual sea exigido por las instituciones públicas y la comunidad en general.

ya que en buena medida esta conformada por elementos culturales y emocionales, y al final de esa manera también damos forma a nuestro propio acervo moral.

Esto es constatable por ejemplo en la conformación de todos los conceptos jurídicos que aplicamos día tras día, en los que el grado de concreción definido por el legislador es ambiguo o indeterminado, y en los que el grado de “subjetividad”, es colmado a partir de nuestra experiencia, cultura, nivel social y económico, sexo, raza, etc.

Este aspecto “afectivo” o “subjetivo” se encuentra ya presente en los proyectos de capacitación judicial emprendidos en El Salvador, y en los cuales no simplemente se trata de impartir información o criticarla, si no más bien, de tratar de generar respuestas afectivas en el auditorio. Estamos aquí en presencia de aquellos aspectos que nos hablan de la

los ejemplos más claros

son dentro de la Escuela de Capacitación Judicial salvadoreña, las áreas de género y de Derecho medioambiental.

Ahora bien, el cuestionamiento principal es: ¿Desarrolla este proceso de sensibilización otras Áreas de la ECJ? O es que hemos considerado la necesaria división entre: aspectos jurídico y no-jurídicos en el aprendizaje del Derecho, con la excusa de brindarle un valor más positivo a los programas de enseñanza técnica o normativa, frente a los cursos de Género u otros. O en otras palabras: ¿No sería conveniente que estos procesos de sensibilización impregnasen todas las áreas, y su efecto estuviese presente en el resto de las Áreas o componentes de una Escuela Judicial?.

Si nosotros reconocemos que “sensibilidad” y “razonabilidad” son conceptos interrelacionados que no pueden separarse podríamos entonces, formular un proyecto educativo en el que problemas como los déficit generado por la poca experiencia de los individuos, la aculturación, o los problemas originados por la comprensión parcial de la realidad por la pertenencia a un grupo social determinado -clase social, género, raza, etc.-, la falta de un sustrato ético sólido, etc., podrían ser incorporados en el diseño de un proyecto de educación judicial integral, que va más allá del desarrollo de una capacidad técnica para el entendimiento del Derecho⁴⁵⁵

En definitiva, la apertura hacia diversas formas de enfocar los problemas éticos, así como el estudio mismo de la ética jurídica pueden proveer de un punto de partida para el desarrollo de un programa de educación judicial que tenga como objetivo la formación de profesionales

454. “If their attention is turned to only a narrow group (white, middle-class, males), then judges will surely remain imprisoned in their limited perspective. But if the faculties and student bodies of law schools, the practicing bar as well as the judiciary actually reflected the full diversity of society, then every judge would have had long experience in exercising judgement, through the process of trying to persuade (in imagination and actual dialogue) people from a variety of backgrounds and perspectives. This would better prepare judges for judging situations about which they had no first –or even second-hand knowledge. It would vastly decrease the current likelihood of a single set of very limited perspectives determining the judgement”. Nedelsky, Jennifer; “Embodied diversity and the Challenges to Law”, ya citado, p. 107-108.

reflexivos y responsables frente la comunidad, introduciendo al operador jurídico a problemáticas relacionadas con los dilemas éticos, sociales y filosóficos existentes dentro de su sociedad, así como también desarrollando el conocimiento propio sobre el rol que el Derecho juega dentro de la sociedad y por supuesto, el suyo propio.

6.2.- El estudio de la Jurisprudencia.



En diversos cursos de capacitación en el área constitucional y de derechos humanos tratamos de introducir el análisis de la jurisprudencia, obviamente constitucional. Día tras día tratábamos de despertar la curiosidad del capacitando con la introducción de sentencias generadas por la Sala de lo Constitucional de El Salvador. Evidentemente, los cursos lograron una finalidad: facilitar la información. Muchos de los capacitandos estaban interesados en obtener las sentencias, citarlas, en fin utilizarlas.

Sin embargo, descubrimos el lado oscuro de dicha actividad: el capacitando excepcionalmente se interesaba en analizar lo que decía la sentencia, en criticarla o comentarla. La deseaba utilizar sí, porque consideraba quizá, que mejor que la doctrina, lo que señalaba esta sentencia, podría ser considerado sin reflexión, brindándole una respuesta ya dada, a un problema que podría presentársele. Ello sin mencionar, claro, que esto es a la vez fruto de una relación de poder dentro del propio órgano judicial, en donde la jurisprudencia constitucional ha sido calificada por el tribunal que la crea –no por la ley o la Constitución- como vinculante, a partir de un argumento de autoridad.

La idea del análisis clínico del Derecho, del estudio de casos, del análisis de la jurisprudencia, no es ninguna novedad. Y de hecho constituye uno de los aspectos más desarrollados dentro de los cursos de capacitación dentro de la Escuela en El Salvador.

Sin embargo, la utilización de resoluciones judiciales, puede tener muchas limitaciones y constituirse o quedarse sólo en una primera fase, respecto a la consecución de objetivos de un curso de capacitación judicial: divulgación de información y reafirmación de estructuras jerárquicas dentro

de un Órgano Judicial.

La jurisprudencia, es quizá uno de los recursos más utilizados dentro de la ECJ. Ello ha posibilitado la divulgación por medio de los cursos ofertados por la ECJ de una gran y valiosa información. Sin embargo, su utilización desmedida y con un énfasis más en el traslado de información que en la discusión y deliberación crítica podría no fomentar la formación de profesionales reflexivos.

En la actualidad como ha sido descrito por algún autor, que nos encontramos frente a ~~los~~ tanto abogados y jueces tratan de encontrar desesperadamente, los precedentes judiciales, ya que ellos se constituyen como herramienta práctica, es decir, como el mecanismo idóneo para resolver una disputa.

Sin embargo, la utilización de resoluciones judiciales dentro de los procesos de enseñanza-aprendizaje, puede tener muchas limitaciones y quedarse sólo en una primera fase, respecto a la consecución de objetivos de un curso de capacitación judicial: divulgación de información y reafirmación de estructuras jerárquicas dentro de un Órgano Judicial.

El problema, dicho en otras palabras lo podemos sintetizar de la siguiente forma: una cuestión es que se desarrollen cursos de capacitación con uso de la jurisprudencia y otra mucho más importante, es cómo enseñamos y desarrollamos un análisis jurisprudencial dentro de los cursos de capacitación.

La utilización de la jurisprudencia dentro de los procesos de educación puede ser superficial y estéril, si no se toma en cuenta en su análisis las consecuencias de las decisiones ni su carácter ideológico, o que simplemente dentro de una sentencia se encuentra expuesta una única alternativa a un conflicto que ha sido construida a partir de dos visiones distintas de un supuesto ⁴⁵⁶. Ello más que contribuir a la formación del juez, podría generar un rompimiento entre conocimiento jurídico y realidad lo cual es de vital importancia a la hora de hablar de la generación de ~~la~~ partir de la educación judicial.

Además, el destinatario del proceso de enseñanza-aprendizaje puede utilizar esta herramienta sin utilizar su capacidad reflexiva. No queremos decir con esto que la idea del análisis clínico del Derecho, del estudio de casos, del análisis de la jurisprudencia, sea un mecanismo

455. Por ejemplo un exclusivo y aislado enfoque jurisprudencial es inapropiado por diversas razones: primero, señala una vía para la solución de conflictos, pero no la única –no es la única fuente para solucionarlos-; segundo, la sobre-dimensión de la jurisprudencia podría generar en el destinatario la idea que los problemas o conflictos a que se enfrenta el Derecho tienen de trasfondo el dilema de la interpretación exclusivamente –todo es interpretación de normas vía jurisprudencia-; tercero, la jurisprudencia nos expone un problema, y un encuadramiento de ese problema, pero nos limita la visión si nosotros no abrimos justamente ese marco a otras posibles alternativas.

"Traditionally, the case method was justified by the belief that the essential elements of legal reasoning were exemplified in judicial decisions. However, during the 1960's and 1970's many law teachers came to question this orthodoxy.(...). The acts of understanding events, invoking concepts, establishing facts, framing issues, and applying linguistic rules cannot be explored adequately by studying cases as they are reported. Cases reflect a logic of justification and not a logic of discovery". Macdonald, Roderick, A.; "Curricular Development in the 1980s: A perspective", en: Martin Lyon Levine (Edited by); "Legal Education", Dartmouth, Aldershot, England, 1993, p. 578-579.

inidóneo para la enseñanza del Derecho. Al contrario, reconocemos su importancia como parte esencial de un proceso educativo de la judicatura. Pero es justamente en su utilización –método de enseñanza y su justificación, es decir en el cómo reside el problema de su utilización en buena parte de los procesos de enseñanza del Derecho.

En cuanto a su papel educativo, siguiendo a ⁴⁵⁶, podemos considerar que la jurisprudencia puede ser constructivamente subversiva, y por ende herramienta útil para el descubrimiento de su capacidad reflexiva por parte del participante en el proceso de formación.

Para tal efecto, en primer lugar hay que separarse del esquema a que se ha quedado reducido en muchas ocasiones el ámbito académico a la hora de realizar análisis jurisprudenciales: simplemente decantarse por estar de acuerdo o no con los argumentos esgrimidos en una sentencia, en el mejor de los casos.

En segundo lugar, podremos decir que la jurisprudencia es constructivamente subversiva, porque rompe el esquema monolítico del Derecho a que antes nos hemos referido, negando per se, el ideal de un sistema jurídico integrado, sin fisuras y unitario. La jurisprudencia, se constituye como el punto de aplicación práctica de la ley y, por consiguiente, juegan en su creación diversos aspectos intelectuales, morales y sociales. El Derecho en la jurisprudencia –por lo menos idealmente- se contamina de la realidad que pretende encauzar.

Esto convierte a la jurisprudencia en una especie de cajón de nuevas y diversas ideas, “que confirman la incerteza más que la certeza del Derecho, que plantea preguntas más que respuestas, y que confirma la importancia del descubrimiento personal del operador jurídico más que la simple aceptación de la autoridad de la ley” ⁴⁵⁸.

La jurisprudencia y su análisis por juristas y no-juristas es indudablemente una pieza de incalculable valor dentro de los sistemas de capacitación judicial, si es adecuadamente utilizada. Esto significa si se acepta su valor: es la visión del Derecho a partir de diversas experiencias, lo que nos lleva necesariamente hacia diversas perspectivas o lenguajes en su análisis.

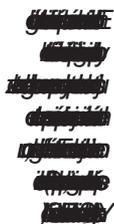
Aún cuando parezca contradictorio la importancia de la jurisprudencia dentro de procesos de educación judicial consiste en descubrir que no hay respuestas objetivas o únicas, siendo el pensamiento jurídico fruto de un continuo cambio y contradicción. Al contrario, el análisis de la jurisprudencia que pretende defender, demostrar o analizar esta, a partir de una perspectiva única es indudablemente falso y no nos lleva más que al fracaso del proceso de aprendizaje continuo dentro de una Escuela de Capacitación y al mantenimiento del status quo o las estructuras

⁴⁵⁶. Cotterrell, Roger; "Pandora's box: jurisprudence in legal education", en: International Journal of Legal Profession, vol 7, n° 3, United Kingdom, 2000, p. 183.

⁴⁵⁷. Idem.

jerárquicamente concebidas dentro de los sistemas judiciales en América Latina.

6.3.- El análisis de la legislación aplicada.



Finalmente, el análisis y desarrollo en los programas de educación judicial de la legislación, es con seguridad parte esencial de los cursos de capacitación en El Salvador y en todas las Escuelas Judiciales de América Latina, debido sobre todo a la tradición de Derecho continental, que se basa en la aplicación del Derecho escrito, codificado en normas sujetas a interpretación por parte del operador jurídico.

La forma en como se aborde un análisis de la legislación es sumamente importante en la tarea de generar profesionales reflexivos sobre todo en cuanto a la forma de interpretar la norma vigente.

Generalmente en las Escuelas de Derecho o en los centros de capacitación de operadores jurídicos, se suelen desarrollar aproximaciones filosóficas o de teoría del Derecho, sobre la quinta esencia del mismo: valores o principios jurídicos de carácter abstracto que se constituyen como metas/objetivo a desarrollar dentro del sistema jurídico y que brindan idea de sistema y orden a las normas.

Sin embargo, es innegable que ese sistema ideal en muchas ocasiones simplemente no funciona, no se aplica. Ya sea por la imposibilidad material o fáctica, o porque simplemente los procesos económicos y sociales giran hacia otra dirección totalmente opuesta, o bien, porque en el mundo de las justificaciones se esbozan tan diversas alternativas que resulta imposible definir un camino idóneo para su análisis.

Como resultado, siguiendo a Guilligan⁴⁵⁹, se genera una estructura jerárquica de diversas formas de “razonar”, relegando a un estatus menor aquellas formas de razonamiento no adaptadas a las estructuras dominantes de pensamiento, erigiendo barreras para el desarrollo de estas formas de razonamiento en contextos como la educación y en la capacitación de profesionales.

Los ejemplos que podríamos citar en este sentido son innumerables

458. Guilligan, Carol; “In a different óbice: Psychological Theory and Women’s Development”, Harvard University Press, Cambridge, 1982., p. 32.

y de diversa índole: En un primer plano nos encontramos con los problemas generados en el ámbito interno del Derecho, donde se debaten diversas teorías, en la aplicación de determinadas normas, y donde se ha dado preferencia a un modelo de razonamiento: visión patrimonialista, en el Derecho civil; activismo judicial versus originalismo (o literalismo), en el Derecho constitucional; causalismo/no-causalismo en el Derecho penal, etc.

Otro aspecto importante a destacar aquí y que genera mayores problemas a la hora de hablar de razonamiento legal, es la existencia de diversos “razonamientos”, tantos, como diversas áreas del Derecho pudiéramos imaginar. A ello se le ha denominado como la crisis de la visión monolítica del Derecho, según la cual en el estudio del Derecho y, por tanto, en la educación legal en general, el análisis de aquél es dividido en una serie de sub-disciplinas que luchan por obtener independencia, lo que genera diversos sub-sistemas de pensamiento dentro del Derecho: Penal, Laboral, Fiscal, Constitucional, etc.

El problema radica en considerar estas disciplinas como entes aislados ya que, muchos de estos subsistemas responden a diversos valores o principios y que en su co-existencia pueden derivar aplicaciones contradictorias de la ley y, por tanto, anomalías para la resolución de conflictos que siempre parecen querer escapar de las ataduras del Derecho⁴⁶⁰ Esto no significa más que los cambios en la realidad han ido a gran velocidad para poder ser asumidos por el sistema jurídico y su sistema de enseñanza: desde hace ya tiempo que el Derecho ha dejado de poseer un solo centro de creación o generación -si es que lo poseyó alguna vez-, siendo en la actualidad menos “frente la existencia de una multiplicidad o pluralidad de centros de creación del Derecho”⁴⁶¹.

En un segundo plano, se presenta una vez más la poca o nula influencia de “otros niveles de razonamiento en el Derecho”, lo que conlleva a una visión estrictamente formalista de cara a diversos aspectos como: frente problemas medioambientales, sin tomar en consideración el efecto de dichas situaciones en la sociedad, o del mismo Derecho penal considerado por algunos como el mecanismo a partir del se puede lograr el control de la delincuencia, y en el Derecho constitucional, a partir del auge de una visión de “razonamiento legal” definida por lo que se ha dado en denominar como “teoría de los valores”, que pretende estructurar al Derecho en una

459. Es interesante como fenómenos tales como la globalización o la modernización del Estado pueden afectar o potenciar el desarrollo de este tipo de situaciones. Un caso interesante y que está siendo estudiado en el momento de escribir estas líneas en El Salvador, es la aprobación de Leyes de Libre Competencia. En muchos países del contexto Europeo por ejemplo, la aplicación de estas leyes ha sido dificultosa debido a que sus principios y fines rectores, son diversos a muchos de los principios que rigen disciplinas tales como el Derecho civil y comercial, especialmente en lo que respecta al necesario cumplimiento de los contratos entre las partes.

460. Sherr, Avrom & Sugarman, David; “Theory in Legal Education”, en: International Journal of the Legal Profession, volume 7, number 3, United Kingdom, 2000., p. 166.

serie de valores homogéneos que en última instancia se constituyen como un supra-nivel para la interpretación, dejado por fuera que vivimos cada vez más en sociedades abiertas donde, conceptos o valores tales como dignidad, libertad e igualdad, no tiene una significación única.

La realidad es justamente lo contrario: dichos valores tienen una multiplicidad de significados según varíe el sujeto y el contexto: ya sea por género, por territorio, por tiempo, por raza, por ideario religioso, edad, etc⁴⁶². Generalmente también aquí estamos en presencia de la imposición por parte de un grupo de un patrón cultural valorativo dominante, que no necesariamente representa al ideal democrático.

En este plano, lo que sucede es que el Derecho no toma en cuenta su entorno y por lo tanto fracasa en su intención de regularlo. Digamos aquí que el estricto razonamiento jurídico, podría llevar a generar el efecto contrario del deseado: en lugar, de ser un mecanismo de resolución de conflictos, el Derecho pasaría a ser, la causa del conflicto mismo, al resultar inoperante frente una realidad que no puede encajarse dentro de las duras estructuras técnico-legales.

La Escuela de Capacitación ha optado por dividir las Áreas de capacitación siguiendo la tradicional división del Derecho en diversas disciplinas. Cierto es que se ha fomentado la "conexidad" entre ellas, pero el peso de toda una tradición jurídica decimonónica es de dificultosa relativización.

El desarrollo de cursos de capacitación "independientes" o fuera de la rígida clasificación puede ser una buena modalidad para superar esta monolítica visión. ¿Quién puede negarnos que por ejemplo, las medidas cautelares, el principio de igualdad, puedan ser desarrolladas en forma tal que traten de escapar de los límites impuestos por la estricta visión penalista, civilista, mercantilista, etc.

Otro problema relacionado con el análisis de la legislación radica que en nuestra tradición jurídica, el Derecho y su interpretación ha sido considerada como imparcial. Pero desde la formación del concepto mismo de imparcialidad, nos encontramos con una visión que suprime lo diverso, o bien lo diferente. Y en todo caso, sino lo suprime, lo trata diferente, lo margina⁴⁶³. En este sentido se ha pronunciado Young, para quien hasta ahora "el razonamiento imparcial trata todas las

461. Puede verse sobre este particular aspecto a: Norman, Wayne; "The ideology of Shared Values", in: J. Carens (ed) "Is Quebec Nationalism Just?", McGill-Queens University Press, Montreal, 1995 p. 137 y ss. Sobre la Teoría valorativa en el Derecho en El Salvador, puede verse: AA. VV., "Teoría de la Constitución Salvadoreña", Corte Suprema de Justicia, Proyecto para fortalecimiento de la Cultura Constitucional, San Salvador, 2000.

462. "Impartiality corresponds to the absence of a historical, biographical, and socially located, and thus 'interested' self. Legality is disassociated from persons who have particular needs and relationships. According to this conception, individual actors—that is neighbors, bosses, spouses— have only partial views of situations, views that express and reflect among other things their interests. By contrast, legality, not being embodied in any individual, is experienced as existing outside of particular interests positions. It is this unsituated externality that endows legality with the impartiality that constitutes its authority for many people". Sobre los límites de esta vision nos referimos supra. Ewick, Patricia & Silbey, Susan; "The Common Place of Law (Stories from Every day life)", The University of Chicago Press, United States, 1998 p. 83-84.

situaciones, de acuerdo con las mismas reglas —o normas- y dichas reglas pueden ser reducidas, a su vez a una sola, o a un principio, por lo que la imparcialidad aquí se ve construida como una tendencia a garantizar la universalidad". Tal parece que hemos deseado un concepto de lo "justo", ligado con lo "universal".

No obstante, para Young, las reglas con tendencia hacia la universalidad sólo tiene sentido si nos encontramos frente a supuestos idénticos. De ahí que, las decisiones tomadas por operadores jurídicos que generalmente atienden a una infinita variedad fáctica sumamente diferenciada, tanto en sujetos como en contextos, no puede formarse sobre esa idea lineal de universalidad.

Como afirma Omatsu ⁴⁶⁴, este concepto de imparcialidad en el Derecho, presume la ausencia de cualquier experiencia pasada, y niega la influencia en el juzgador de una serie de conocimientos, sensaciones, creencias, temores que son trasladados por mecanismos educativos informales, de generación en generación.

Evidentemente, el operador jurídico, que ha sido capacitado —si lo ha sido- sobre la base de un enfoque lineal o parcial —digamos estrictamente positivista- difícilmente podrá desarrollar las herramientas necesarias, para detectar que en algunas ocasiones la creación e interpretación del Derecho dominante puede ser producto de relaciones históricas y de poder que han tratado de definir una conducta o un sujeto como "normal", catalogando a la vez a la conducta diferente o al sujeto diferente, como desviado o inferior ⁴⁶⁵.

El género —diferencia entre hombre y mujer- no es para aquellos optimistas, la única relación donde se puede presentar esta situación de exclusión dentro de la realidad salvadoreña y menos en la latinoamericana, y que ha sido muchas veces, pasada por alto en las Escuelas de Derecho. La exclusión, originada, mantenida y sostenida a partir de una visión estrictamente jurídica en específicos contextos puede apreciarse frente: al trabajador, al menor de edad, al mayor adulto, al usuario, al homosexual, a la persona de escasos recursos, a la víctima, en fin al marginado por las estructuras de poder dominantes y que influyen en la estructura normativa, cuya interpretación recae en manos del Juez ⁴⁶⁶.

En la actualidad como nos recuerda Binder, "por estas prácticas

463. Omatsu, Maryka; "The Fiction of Judicial Impartiality", *Feminism and Workshop Series*, Faculty of Law, University of Toronto, 1996, p. 113.

464. Spelman, Elizabeth; "Inessential Woman: Problems of Exclusion in Feminist Thought", Beacon Press, Boston, 1988, p. 32.

465. Cuestión sumamente importante en el actual contexto mundial, sobre todo en aquellos países donde las relaciones antes de cobertura pública (servicios públicos ofrecidos por el Estado) han sido privatizadas: "The crucial question seems to be: After privatisation, what now? What will market mechanism do to the public interest aspects of these services which were previously protected —more or less successfully- by public law principles, democratic legitimation, fundamental rights and Rechtsstaat? Teubner, Gunter; "After Privatisation? —The many Autonomies of Private Law", in: Thomas Wilhelmsson; Hurri, Samuli; "From Dissonance to Sense: Welfare State Expectations, Privatisation and Private Law", Ashgate, Dartmouth, 1999., p. 51.

los ciudadanos tienen muy pocas razones para confiar en la ley y en sus interpretes, y esta desconfianza se nutre de una decisión racional; se ha invertido entonces el Estado de Derecho, que ahora dice: cuanto más débil es un sector social, más irrazonable es que confíe en la ley y en los tribunales para la consecución de sus intereses o la satisfacción de sus necesidades”⁴⁶⁷.

Frente a ello se podría sugerir la necesaria asunción que el Derecho contemporáneo posee diversas fuentes normativas, que en muchas ocasiones representa intereses sectoriales, y que su interpretación debe estar unida a un contexto específico que resulta mejor entendido a partir del análisis transdisciplinar dentro de los procesos de capacitación judicial.

Sobre la base de lo antes expuesto puede colegirse que aspectos éticos, fundamentos filosóficos y realidades sociales deben ser parte permanente de un proceso de educación judicial, que tenga por vocación ser una enseñanza práctica y técnica, pero a la vez generadora de un profes

Como podrá observarse, más que proveer de un marco de referencia valorativo, un modelo educativo para profesionales debe implicar la utilización de diferentes métodos, aproximaciones y materiales, en tanto ésta no debe ni puede implicar un intento de inculcar una particular visión o forma de pensamiento, pues ello es completamente contrario al diálogo y a la auto-reflexión.

En todo caso, que si bien es cierto que partimos de la necesaria apertura “del Derecho” y su análisis transdisciplinar, esto no significa que el camino hacia la formación de profesionales reflexivos pase exclusiva o fundamentalmente por el camino de la oferta de “nuevos ejes temáticos sustantivos”.

Como podrá haberse colegido luego de este pequeño apartado: en buena medida la importancia radica en el cómo son abordados – no tanto en el que- estos contenidos, nuevos y viejos, dentro de los programas de capacitación judicial.

7. A modo de conclusión.

Si durante el siglo XIX y el XX nos encontramos con un periodo de tiempo en el que la concepción bajo la que se organizaban las instituciones sociales era orientado bajo conceptos como racionalismo, universalismo, certeza y orden, ciertamente las últimas décadas nos muestran tanto en el ámbito nacional, como internacional una visión más ligada a conceptos como indeterminación, particularismo y desorden.

466. Binder, Alberto; “Entre la democracia y la exclusión: la lucha por la legalidad en una sociedad desigual”, en: Colección Papers, Paper n° 36, Instituto Internacional de Gobernabilidad, disponible en Internet: www.iigov.org/
 * Carlos Ernesto Sánchez Escobar. Graduado de la Universidad de El Salvador. Especialista

Frente a ello el papel que ha jugado el Derecho, y por tanto su interprete ha sido central, en la idea de buscar respuesta a los conflictos que emergen en la sociedad. Pero es necesario crear un puente de entendimiento entre la resolución de estos conflictos orientada por el Derecho y su entorno.

Es indudable que podemos hablar de un "Derecho viviente", o de una Constitución viviente, si lo prefieren, pero no en el sentido de un conjunto de normas e interpretaciones que han cobrado "vida" en forma aislada, frente a una realidad en donde cada vez más la comunidad urge de responsabilidad a todos los niveles profesionales, en el ejercicio de sus funciones, especialmente, en cuanto a servidores públicos se refiere. Frente a ello preferiría considerar la existencia de una Constitución viviente o de un ordenamiento jurídico vivo, cuando esta en íntimo contacto con la realidad que norma y se adapta, a partir de la reforma y la interpretación a los múltiples y dinámicos cambios que operan en ella.

Por ello, es posible quizá, hablar de un razonamiento jurídico más "amplio", dialogante; cuanto que trata de ir más allá de nuestra propia idiosincrasia y preferencia.

El desarrollo de una sola perspectiva, de eso que hemos llamado antes, un enfoque lineal del Derecho, solo puede ser defendido, por aquellos que consideran que su postura o su saber, es ciertamente objetivo, imparcial, independiente, neutral y por tanto verdadero.

De ahí que el rechazo a la educación en la diversidad sólo pueda ser sostenido por el miedo, la ignorancia o el odio a lo diferente, a lo diverso, a lo distinto.

Es esa capacidad de ampliar el conocimiento de nuestro entorno, a partir de diversas perspectivas, la que puede brindarnos la posibilidad de emitir un razonamiento imparcial e independiente. Así, el contacto con diversas experiencias y métodos de enseñanza, que no se basan simplemente en el tradicional enfoque jurídico, para desarrollar una capacidad técnica en el operador o juzgador, puede proveer a éste de información y crear en él, la capacidad para reflexionar razonablemente sobre diversas situaciones.

Una Escuela Judicial que promueva el desarrollo de diversos enfoques o perspectivas, que no sólo comprenden los normativos o jurídicos, puede desarrollar por medio de la educación y capacitación el entendimiento del mutuo respeto a lo diverso, a lo distinto, a lo marginado, o a lo que hasta ahora no ha sido observado o lo ha sido en muy poca medida.

Si el Derecho es un producto social, y por tanto objeto y fruto de relaciones de poder, historia, y cultura, es indudable que la comprensión del mismo no puede efectuarse aisladamente (enclosure), fuera de su contexto, y ajeno a los señalamientos que desde el exterior le formulan otras disciplinas, otras narraciones.

Finalizo manifestando que el presente ensayo sólo ha pretendido iniciar una discusión sobre lo que puede constituirse como un modelo de aprendizaje en donde teoría y práctica, debe estar directamente relacionados en su contexto, con la finalidad que pueda proveer al profesional de un concreto marco referencial de lo que significa la experiencia de administrar justicia, a partir de una visión ética pluralista orientada hacia la práctica.

Obviamente, este modelo implica modificaciones en los procesos de diseño y organización curricular, pero también profundos cambios actitudinales de capacitandos, capacitadores y administradores involucrados en los proyectos de capacitación judicial.

BIBLIOGRAFIA

SAGUES, NESTOR PEDRO. "Las Escuelas Judiciales", Cuadernos para la Reforma de Justicia. Universidad Nacional Autónoma de México.

RODRIGUEZ MELENDEZ, ROBERTO. "Retos de la Capacitación Judicial en América Latina".

SHUN. DONALD. "La Formación de profesionales reflexivos". Hacia un nuevo diseño de la enseñanza y aprendizaje en las protesis temas de educación, Pardós, Barcelona, 1992.

MACGUINNESS, "No case for Judgement" The Australean law Journal 20, January, 1993

HERNANDEZ, FERNANDO; SANCHO. JUANA MARIA. "Para enseñar no basta con saber la asignatura, cuadernos de pedagogía, Lara Barcelona, 1989.

RUE, JOAN. "Que enseñar y porque. Elaboración y Desarrollo de Proyectos de Formación, Papeles de Pedagogía Nº 55, Piados Barcelona 2002.

FEERNANDEZ CIERRA, JUAN. "Evaluación del Curriculum: perspectivas curriculares y enfoques en su evaluación".

ANGULO, JOSE FELIX Y PIENES BLANCO, "Temario y Desarrollo del currículum" Edecanes Aljibe, Málaga, Granada.

DAMASIO, ANTONIO R. "Descartés Omar. Emotion, Reason and Hernan Being. putnam, New York, 1994.

NELKEN, MELISSA, L. "Negotiation and psychoanalysis if I'd wanted to learn about feeling. I woudnit have gone to law school. Journal of legal education Nº 3 volume 46 september 1996.

COHEMELL, ROGER, PANDERAS BOX. Junsprudence in legal education, International Journal of legal profession. Vol 7 united Kingdam, 2000.

GUILLIGAN, CAROL "In a disfuent obice: Psychological theory and women's development "Harvard University Prese, Cambridge 1982.

SHERR, AVROM D SUGARMAN, DAVID, theory in legal education "International jornal of the legal professen, volume 7 number 3 United Kingdom 2000.

NORMAN, WAYNE. *The ideology of shaved values*, J carens Montreal, 1995.

OMATSU, MARYKA, "The fiction of judicial impartiality, faulty of law, University of Toronto 1996.

SPELMAN ELIZABETH, "Inessential woman: problems of exclusion in feminist. Thought "Beaccn press, Boston 1988.