



# Ventana

J u r í d i c a

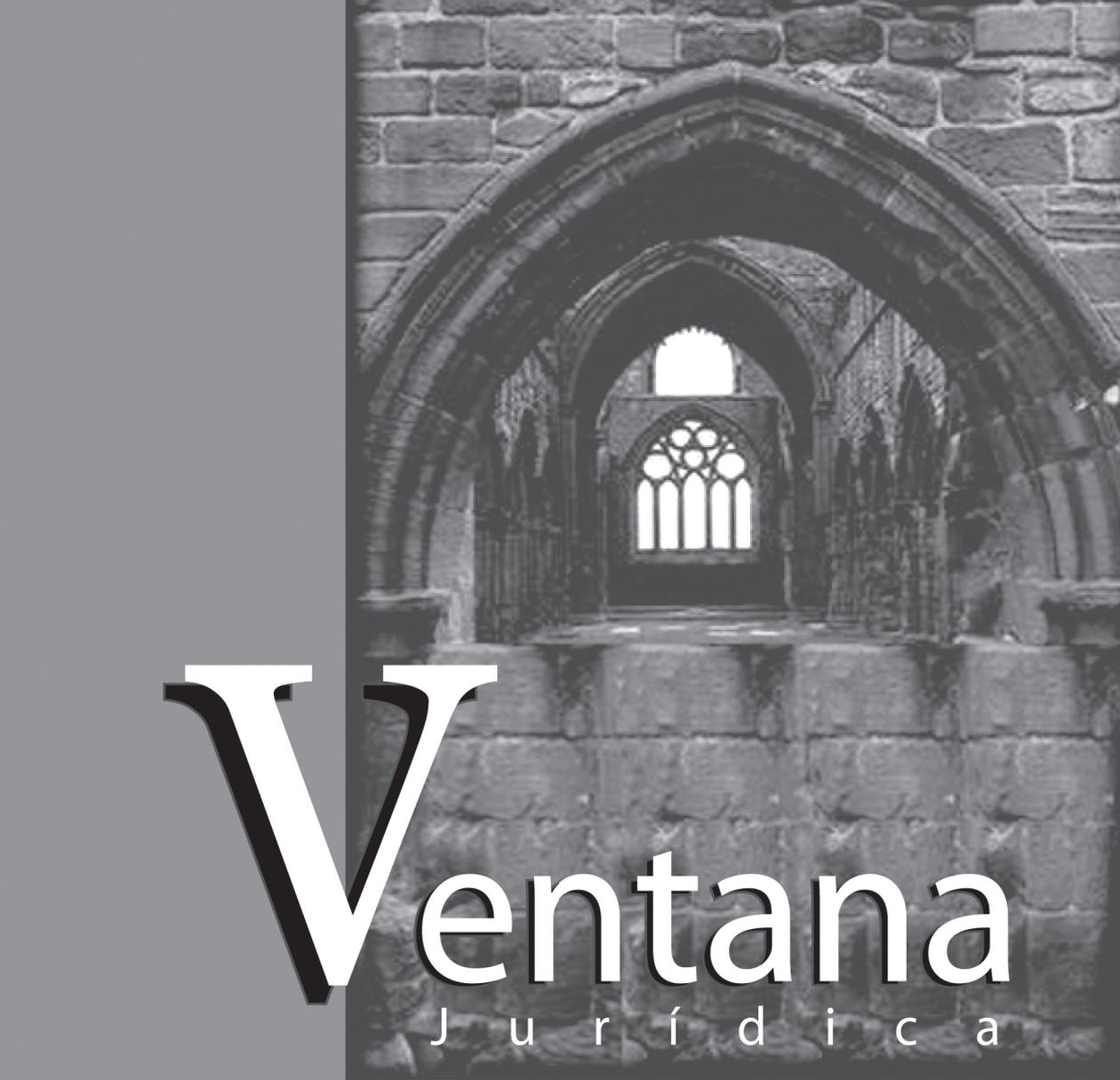
No. 10

Año VI - Vol. 1  
Enero - Junio 2013



“Fortalecimiento de la Institucionalidad relativa a la Calidad de la Justicia y Seguridad por medio del Aumento de la Efectividad y la Reducción de la Impunidad en los Delitos contra la vida, la Integridad Física y la Violencia de Género en El Salvador” (FORCEF, fase II).





# Ventana

J u r í d i c a

No. 10

Año VI - Vol. 1  
Enero - Junio 2013



“Proyecto de Reducción y Control de la Impunidad en los Delitos  
Violentos Contra los Hombres y Mujeres. Fase III (AECID-UTE-CNJ)”.



# Comisión Coordinadora del Sector de Justicia

---

**Dr. José Salomón Padilla**

*Presidente de la Corte Suprema de Justicia*



---

**General de División David Munguía Payés**

*Ministro de Justicia y Seguridad Pública*



---

**Lic. Luis Antonio Martínez González**

*Fiscal General de la República*



---

**Lic. Sonia Elizabeth Cortez de Madriz**

*Procuradora General de la República*



---

**Lic. Tito Edmundo Zelada Mejía**

*Presidente del Consejo Nacional de la Judicatura*



---

**Lic. David Gonzalo Cabezas Flores**

*Director General*

*Unidad Técnica Ejecutiva del Sector de Justicia*



ISSN  
2070-3120

**@Consejo Nacional de la Judicatura de El Salvador**  
Todos los derechos reservados

**Elaboración y coordinación de proyecto:**  
Lic. José Alberto Franco Castillo  
Coordinador del área de Género, ECJ-CNJ

Licda. Francis Elizabeth Vaquero Chávez  
Coordinadora del área Penal, ECJ-CNJ

**Autores**

Carlos Ernesto Sánchez Escobar  
Wilson Edgardo Sagastume Galán  
Martín Alexander Martínez Osorio  
Wendy Knobel y Blaine Bookey

**Diseño y diagramación**

Guadalupe Hernández Mejía

**Impresión**

Talleres Gráficos UCA  
1ª. Edición 2013

El material publicado es de exclusiva responsabilidad de sus autores.

La revista Ventana Jurídica No. 10, en su Primera edición fue realizada por el Consejo Nacional de la Judicatura

**CONSEJO NACIONAL DE LA JUDICATURA**

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

**UNIDAD TÉCNICA EJECUTIVA DEL SECTOR DE JUSTICIA**

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

Esta obra fue posible gracias al apoyo técnico y financiero de la Agencia Española de Cooperación Internacional para el Desarrollo (AECID) y con la coordinación de la Unidad Técnica Ejecutiva del Sector de Justicia.

## **PLENO DEL CONSEJO**



### **Presidente**

Lic. Tito Edmundo Zelada Mejía

### **Concejales Propietarios**

Lic. Manuel Francisco Martínez

Lic. Alcides Salvador Funes Teos

Lic. Jorge Alfonso Quinteros Hernández

Lic. Luis Enrique Campos Díaz

Licda. Marina de Jesús Marengo de Torrento

Lic. Santos Cecilio Treminio Salmerón

### **Escuela de Capacitación Judicial “Dr. Arturo Zeledón Castrillo”**

Lic. Santos Cecilio Treminio Salmerón– Director en funciones Ad Honorem

Lic. José Hugo Granadino – Sub Director





# CONTENIDO

Presentación .....	9
1. La participación delictiva en la criminalidad organizada .....	13
<b>Carlos Ernesto Sánchez Escobar</b>	
2. Problemas interpretativos sobre la forma de intervención del otorgante de un acto notarial, en los casos especiales del delito de encubrimiento, del artículo 7 literal d) de la Ley contra el Lavado de Dinero y de Activos.....	53
<b>Wilson Edgardo Sagastume Galán</b>	
3. El principio <i>ne bis in idem</i> en el Derecho Penal y en el Derecho Administrativo Sancionador salvadoreño.....	83
<b>Martín Alexander Martínez Osorio</b>	
4. La experiencia del sistema de albergues para víctimas de violencia doméstica en el Estado de California, EUA: interacción entre fuentes públicas y privadas de financiación.....	243
<b>Blaine Bookey y Wendy Knobel</b>	
5. Comentarios sobre los delitos en la Ley Especial Integral para una Vida Libre de Violencia para las Mujeres	
<b>Martín Alexander Martínez Osorio</b> .....	253
Anexos	
Sentencia El Salvador sobre Femicidio-2012 .....	269
Sentencia Guatemala sobre Femicidio-2012.....	289
Informes de las relatoras especiales de NNUU sobre la violencia contra la mujer. 2004 y 2011.....	321



## PRESENTACIÓN

Questionar si el Derecho es ciencia o no, seguramente puede generar acaloradas y hasta interminables discusiones que, en el ámbito de la comunidad jurídica salvadoreña, todavía no se resuelven –al menos de manera satisfactoria– para quienes se interesan por alcanzar claridad sobre este tipo de reflexiones que, muy lejos de ser ociosas, deben considerarse determinantes, cuando lo que se busca es promover, potenciar y asumir, como tarea perenne, la generalización de una praxis profesional informada, comprometida, desarrollada –en definitiva: más avanzada– a favor de quienes acuden a –o enfrentan– la violencia punitiva del Estado, ejercida mediante el sistema de justicia penal, para la redefinición de los conflictos originados en la vulneración de los bienes jurídicos individuales, colectivos y difusos.

Por ser emblemático el hecho de alcanzar esta décima edición de la Revista *Ventana Jurídica* (volumen 1, producido de enero a junio del 2013 del Año VI de su tiraje), el Consejo Nacional de la Judicatura, a través de su Escuela de Capacitación Judicial, lanza desde los balcones de su paraninfo, recientes aportes de algunos de sus prestigiosos profesores –y altos funcionarios del sistema de justicia– cuyas acreditaciones académicas y técnicas, originadas en esos roles de obvio y destacado ejercicio jurídico (teórico-práctico), sobradamente se respaldan con sus trayectorias académicas y profesionales, desarrolladas y posicionadas tanto en el escenario nacional como en el internacional.

El artículo del distinguido magistrado y connotado Profesor Carlos Ernesto Sánchez Escobar, sobre *La participación delictiva en la criminalidad organizada*, es un ilustrativo y exquisito trabajo que, desde el altiplano de la teoría fortalecida con décadas de praxis judicial, expone en buena medida el desarrollo alcanzado por el fenómeno de la así llamada industria del delito, que acelerada y peligrosamente va logrando fisonomías y dinámicas bastante corporativas. Una temática que debería ser de extraordinario interés, no sólo para quienes mueven el sistema de justicia penal –como policías, fiscales y funcionariado judicial– sino también y principalmente para las autoridades estatales del más alto nivel, encargadas de prevenir, perseguir y neutralizar el fenómeno delictivo que siempre ha parecido incontenible y hasta fuera de control.

Directamente conectado con el tema anterior, con un considerable nivel hermenéutico y de especificidad teórica, el aporte del magistrado y capacitador de nuestra Escuela de Capacitación Judicial, Profesor Wilson Edgardo Sagastume Galán, nos presenta en cinco apartados, un trabajo de reciente elaboración denominado *Problemas interpretativos sobre la forma de intervención del otorgante de un acto notarial en los casos especiales del delito de encubrimiento, del artículo 7 literal d) de la Ley contra el Lavado de Dinero y de activos*. La calidad y utilidad de este importante tópico, están amparadas por el hecho de ser un esfuerzo de investigación presentado al

Consejo Nacional de la Judicatura, a través de su Escuela de Capacitación Judicial, con el que nuestro capacitador y destacado ponente acredita la aprobación del Programa de Especialización en Derecho del Mercado Financiero que concluyó exitosamente.

Se ofrece a la comunidad jurídica, dos artículos altamente valiosos de autoría exclusiva del Profesor Martín Alexander Martínez Osorio, quien además de fungir actualmente como letrado de la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de El Salvador, es capacitador de nuestra Escuela de Capacitación Judicial, a la que profusamente ha dado importantes aportes desde la época en que integró su equipo técnico –hace algunos lustros–. El primer artículo, titulado *El principio ne bis in idem en el Derecho Penal y Derecho Administrativo Sancionador salvadoreño*, aborda un tema radicalmente frontal en los esforzados senderos que siempre se han recorrido para restringir y controlar al máximo, los variados poderes punitivos que tanto han caracterizado al sobradamente conocido leviatán salvadoreño. El segundo artículo titulado *Breve comentario a los delitos contemplados en la Ley Especial Integral para una Vida Libre de Violencia (LEIV)* aborda un análisis dogmático-jurídico de los tipos penales contemplados en la LEIV.

En ese orden, el artículo sobre *La experiencia del sistema de albergues para víctimas de violencia doméstica en el Estado de California, EUA: Interacción entre fuentes públicas y privadas de financiación*, constituye un aporte desde ésta academia, a partir de las buenas prácticas implementadas en otros países, en un tema tan sensible, en el cual, no es suficiente el accionar en la investigación, persecución y judicialización de los casos, sino también la atención a las víctimas de violencia contra las mujeres.

Finalmente se encuentran unos anexos, donde se introducen sentencias judiciales tanto nacionales como extranjeras en aplicación del delitos de “feminicidio”, como una de las innovaciones de gran influencia para este cambio normativo y que han tenido como referentes –por ejemplo- la “Ley Contra el Femicidio y otras formas de Violencia Contra la Mujer”, de Guatemala; por otra parte, se incluyen las recomendaciones del informe de la relatora especial de NNUU sobre la violencia contra la mujer, Señora Yakin Ertürk, realizado en febrero de 2004 y de la Señora Rashida Manjoo realizado en febrero de 2011. Todos estos instrumentos –para facilidad de quienes lean con acuciosidad– se incluyen para tener un análisis completo sobre la realidad nacional y el grado de cumplimiento del Estado salvadoreño frente a las observaciones del Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas.

Después de un sostenido historial de generosos patrocinios, reiteramos los merecidos agradecimientos al continuado apoyo de la Agencia Española de Cooperación Internacional para el Desarrollo (AECID), así como a la determinante coordinación con la Unidad Técnica Ejecutiva del Sector de Justicia (UTE), entidades que han hecho posible este número 10 del órgano divulgativo de la academia judicial y jurídica salvadoreña, para fortalecer aún más el tejido académico de nuestra Escuela de Capacitación Judicial “Dr. Arturo Zeledón Castrillo”, intelectualmente



constituida por la totalidad de profesionales que desde el aparato público y desde el gremio jurídico en ejercicio libre, constantemente se acercan a beber de los afluentes que brotan de su parainfo.

Así la orientación temática de esta edición de nuestra *Ventana Jurídica*, hacia el extenso campo del Derecho Penal y sus adyacentes, la entregamos a las y los operadores del sector justicia y de la comunidad jurídica nacional e internacional, con la entera satisfacción que en la medida que se conozcan, discutan y apliquen los esfuerzos aquí plasmados, nos encaminaremos más a la “*construcción de una sociedad más justa*” como “*esencia de la democracia*” que en 1983 soñó el poder constituyente y que tanto necesita el digno pueblo salvadoreño.

Consejo Nacional de la Judicatura





# LA PARTICIPACIÓN DELICTIVA EN LA CRIMINALIDAD ORGANIZADA<sup>1</sup>

## Aspectos penales sobre la participación en grupos delictivos

Carlos Ernesto Sánchez Escobar  
*Magistrado de la Cámara 1° de lo  
Penal de San Salvador y especialista  
en Administración de Justicia Penal.  
Consultor Internacional y Profesor de Post-grado  
Capacitador de la ECJ.*

*A Russa*

### SUMARIO

Introducción. I. Actuales tendencias sobre el crimen organizado. II. Sobre el concepto del crimen organizado. III. La estructura organizacional en la criminalidad asociativa. IV. La función estructural en el crimen organizado. V. Participación delictiva en la criminalidad organizada. VI. La fórmula de la instigación. VII. El modelo de la coautoría. VIII. Las cuestiones de la autoría mediata en relación a la utilización de instrumentos en grupos delictivos. IX. Autoría mediata en aparatos organizados de poder. X. Organización y participación delictiva aspectos relacionales y diferenciales con la coautoría. XI. Imputación penal en organismos empresariales. XII. Criterios de imputación en grupos empresariales complejos. XIII. Manifestaciones de la forma de imputación criminal en sede empresarial como forma del crimen organizado. XIV. La responsabilidad penal del superior y del subordinado en actividades jerarquizadas cuando se actúa en grupos organizados. XV. Delegación de funciones e imputación penal. XVI. Bibliografía.

---

1. Carlos Ernesto Sánchez Escobar. Maestro en Administración de Justicia Penal. Universidad Nacional de Costa Rica. Magistrado de Cámara. Consultor Internacional. S.D.B.  
Es oportuno aquí citar por ejemplo la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, cuya finalidad es la cooperación entre los Estados miembros para prevenir y combatir con mayor eficacia el crimen organizado (artículo 1 de dicha Convención); el Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional (Protocolo de Palermo-Trata). En nuestro caso, la citada Convención es ley de la República, puesto que fue ratificada por la Asamblea Legislativa el dieciséis de octubre de dos mil tres, y publicada en el Diario Oficial Número 211 Tomo 361 del doce de noviembre de dos mil tres.

## INTRODUCCIÓN

La presente elaboración trata de reflexionar sobre uno de los temas de mayor actualidad y complejidad en el discurso penal como lo es la criminalidad organizada, para ello se examinan las tendencias político criminales que campean en el actual estado de cosas, examinándose a su vez la significación dogmática de dicho modelo de criminalidad, así como cada uno de los elementos que lo constituyen. Otro aspecto importante, es el desarrollo que se propone respecto de las diversas formas de participación que se pueden manifestar en la criminalidad organizada, teniendo en cuenta los ámbitos de imputación en actuaciones de grupos de diversa índole, haciendo énfasis en el nivel de responsabilidad de los superiores y de los subordinados.

### I. Actuales tendencias sobre el crimen organizado

1. El fenómeno del crimen organizado es una cuestión actual pero a su vez sumamente compleja, de las formas en la cuales se expresa la criminalidad, la más acabada de todas se corresponde con la llamada criminalidad organizada, ello supone un rebasamiento de conceptos más tradicionales como formas de connivencia delictiva, *ergo* la confabulación entre autores y cómplices, la coautoría y las asociaciones delictivas y agrupaciones criminales que recuerdan las clásicas formulaciones del acuerdo *se sceleri*; las formas de crimen organizado, en el sentido de una corporación criminal para delinquir, es la nota esencial con la cual se presentan las organizaciones criminales complejas, que no se reducen a una sola área del delito y ante cuya necesidad de contención han surgido instrumentos específicos para darles respuesta desde una perspectiva normativa diferente<sup>2</sup>, es más, aún en el ámbito estrictamente criminológico se reconocen las particularidades que se derivan del crimen organizado<sup>3</sup>

2. Teniendo presente lo anterior, tampoco debe perderse de vista que sobre el fenómeno de la criminalidad organizada, existe una especie de “tentación” en los subsistemas de definición del poder penal, en reducir todos los fenómenos de la criminalidad al crimen organizado, y usualmente cuando se pretende vincular fenómenos criminales con esta forma de crimen, se hace énfasis en determinado

2. Es oportuno aquí citar por ejemplo la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, cuya finalidad es la cooperación entre los Estados miembros para prevenir y combatir con mayor eficacia el crimen organizado (artículo 1 de dicha Convención); el Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional (Protocolo de Palermo-Trata). En nuestro caso, la citada Convención es ley de la República, puesto que fue ratificada por la Asamblea Legislativa el dieciséis de octubre de dos mil tres, y publicada en el Diario Oficial Número 211 Tomo 361 del doce de noviembre de dos mil tres.
3. Así se ha señalado que el crimen organizado no debe ser reducido únicamente a la delincuencia violenta, sino que también se refiere a otro tipo de criminalidad, como la de cuello blanco, es decir a la relación entre crimen y poder político, y a los actos de corrupción que suceden en el ámbito del poder público. Ver: “VIRGOLINI Julio “Los delitos de cuello blanco: Inmunidades y exclusión del derecho en la construcción del problema criminal” en Nueva Doctrina Penal. 2003-B. Editores del Puerto. Buenos Aires. Argentina. 2003 p 699.

tipo de criminalidad marginal y violenta<sup>4</sup>, con lo cual se puede perder la perspectiva verdadera de la significación del crimen organizado<sup>5</sup>, ello es un error metodológico —consciente o inconsciente— que genera disfunciones respecto de dicho concepto, y encubre otros ámbitos de este tipo de criminalidad, con lo cual debe de prevenirse en la configuración normativa los accesos conceptuales<sup>6</sup>.

3. En atención a lo anterior debe de repararse, que aunque la criminalidad organizada sea un fenómeno actual en lo social y en lo jurídico<sup>7</sup>, ello no supone la habilitación absoluta de la exacerbación de los fines simbólicos del Derecho Penal, es decir un uso excesivo de la configuración penal y de los fines de la prevención cognitiva, por cuanto ello significa casi siempre un desmedro de las garantías, con poca efectividad penal en cuanto a los resultados que se alcanzan<sup>8</sup>, de ahí que, debe

4. Lo anterior significa reconocer que, estructuras criminales marginales y violentas, como algunas cucas de las pandillas, perfectamente pueden adecuarse al concepto dogmático del crimen organizado, pero lo que estamos señalando, es que tal tipo de criminalidad organizacional no es exclusiva de las pandillas, otros sectores del crimen más sofisticados, menos violentos, también se corresponden con el contenido de la criminalidad organizada, por lo cual reducir tal configuración a sectores de delincuencia violenta, en las cuales quedan comprendidas las pandillas, es una reducción doctrinaria y normativa que no favorece a la contención de la criminalidad organizada en toda su amplia gama de diversificación criminal.
5. Sobre esa tentación de confundir o separar los tipos de criminalidad según la violencia o la sofisticación se ha expresado: “Se podría sin embargo cuestionar que las diferencias entre ambos fenómenos se deban al diverso status social de sus autores y/o al empleo diferencial de técnicas de neutralización para oscurecer la ilicitud. Hay ejemplos de organizaciones criminales que han logrado reciclar su actividad al punto de obtener una cierta inserción social y una imagen de respetabilidad; la evolución de muchas de estas organizaciones, que se han desarrollado desde la más violenta ilegalidad hasta articularse y mimetizarse con las corporaciones que actúan en el mercado legal, ha permitido identificar diversas fases de su trayectorias según un esquema que califica la primera como predatoria, parasitaria la segunda y simbiótica la final. Por último los criminales convencionales también acuden a racionalizaciones de sus actos, las cuales, entre otros objetivos, se dirigen a tribuir a otros criminales delitos más graves, o a sostener que todos cometen las mismas ilicitudes, o que los órganos de Estado no son del todo limpios. No obstante esas semejanzas, es evidente que hay una fuerte tendencia a sostener que no es lo mismo un delito cometido por funcionarios de una corporación en beneficio de ésta o en beneficio propio, utilizando técnicas vinculadas al ejercicio de la actividad económica que les es propia, que el delito cometido por un grupo que presenta imágenes estereotipadas de la criminalidad que recurren con cierta frecuencia y visibilidad al empleo de medios violentos y que extrae sus beneficios del desarrollo de actividades inequívocamente criminales como el juego, la prostitución, la droga etc. Parece ser éste un planteo que tiene claras disonancias con el discurso dicotómico tradicional del sistema penal y de la criminología proclive a reificar la delincuencia en una categoría ontológicamente distinta de la normalidad y que permite de esta manera, a aislar el campo del crimen organizado del ámbito del delito de cuello blanco, establecer algo así como etapas o niveles de criminalidad”. Ver VIRGOLINI Julio E. S. “Crimen organizado: Criminología, derecho y política” en Nada Personal... Ensayos sobre crimen organizado y sistema de justicia”. Virgolini-Slokar. Coordinadores. De Palma. Buenos Aires. Argentina. 2001 pp. 47 a 48.
6. En tal sentido ZAFFARONI Raúl Eugenio “En torno al concepto de Crimen Organizado” en Nada Personal... Ensayos sobre crimen organizado y sistema de justicia”. Virgolini-Slokar. Coordinadores. De Palma. Buenos Aires. Argentina. 2001 pp. 9 a 11.
7. Al menos una tendencia criminológica es la de presentar a la criminalidad organizada como una nueva forma de aparición del delito. Ver CASAS ZAMORA Ciro “Nuevo enfoque para combatir la delincuencia no tradicional” en Una Oportunidad para Reflexionar. XXV Aniversario del Ministerio Público. Poder Judicial. Ministerio Público. San José. Costa Rica. 2000 p 435.
8. En tal sentido se ha dicho: “Es bastante claro que la lógica de la lucha frontal contra la criminalidad, tal y como está postulada en estos momentos, implicará, tarde o temprano, más peligros para la esfera de las libertades de los ciudadanos, por ello estos peligros se pretenden minimizar al utilizar estrategias de los fines simbólicos del derecho penal a fin de tranquilizar a la colectividad, en el sentido de que sus problemas de seguridad están siendo atendidos por los prácticos y por los legisladores. El balance al final de todo el proceso, es el deterioro de las garantías procesales y un vaciamiento de los contenidos de tutela de muchos derechos y libertades constitucionales LLOBET RODRÍGUEZ Javier CHIRINO SÁNCHEZ Alfredo “Principio de oportunidad y persecución de la criminalidad organizada”. Problemas prácticos e ideológicos de un proceso penal eficiente” Ediciones Jurídicas ARETE. San José. Costa Rica. 2002 p 154.

mantenerse el balance racional entre eficiencias y garantías como un límite propio del Estado constitucional, por tal razón, el Derecho Penal no puede ser construido sobre la base de un Derecho Penal para enemigos sino para ciudadanos, en el cual para todos impere por común el Estado de Derecho<sup>9</sup>

## II. Sobre el concepto del crimen organizado

1. Una conceptualización de la criminalidad organizada ha de entenderse como un aspecto sumamente complejo<sup>10</sup>, puesto que la dimensión del fenómeno “crimen organizado” presenta un marco bastante “difuso”<sup>11</sup>, sin que medie un consenso en la doctrina respecto de la significación que puede acordarse a la criminalidad organizada<sup>12</sup>, es esta una cuestión dogmática bastante polémica en cuanto a los alcances extensivos o restrictivos que deben tomarse en cuenta para definir que habrá de entenderse por crimen organizado<sup>13</sup>, por lo cual el fundamento racional respecto del marco legislativo es susceptible de diversas valoraciones<sup>14</sup>, empero las mismas deben de guardar cierta rigurosidad para no generar disfunciones, sobre todo porque con ello, se puede restar eficiencia a la manifestación de las organizaciones criminales, que se ubican en esta escala superior de sistematización en cuanto a la dimensión criminal, una buena opción es tomar

9. Es oportuno indicar que en estos casos, no se compaginan los criterios de utilidad y de justicia que deben de acompañar a toda la actividad creadora de las normas punitivas, adviértase que hemos señalado que son los usos excesivos de los instrumentos legales presentados como soluciones “alquímicas” los que restan contenido a dichos paradigmas de intervención penal, ello supone reconocer que la realidad del crimen organizado, requiere también una variabilidad en los instrumentos normativos que se habrán de utilizar para enfrentar tal fenómeno, pero lejos de toda presentación irreal y mediática, usualmente estos programas de intervención punitiva se presentan bajo modelos de extrema represión penal y se presentan a los ojos del ciudadano como los “remedios eficaces de la problemática del delito, una especie de “pomada canaria” casi con cualidades mágicas que puede neutralizar al crimen en toda su extensión. Al contrario estos esfuerzos deben presentarse como lo que son, instrumentos de los cuales se espera una mayor posibilidad de enfrentar un diferente tipo de criminalidad, reconociendo su complejidad, adaptados a la circunstancias de las mismas, sin que ello signifique crear un Estado paralelo, en el cual, no prive el Estado de Derecho, la eficacia de la intervención penal no radica en la limitación abusiva de los derechos y libertades ciudadanas, tampoco puede a nuestro entender fraccionarse el Estado en el cual algunos tengan “derecho” al Estado de Derecho, mientras que a otros se les niegue la eficacia del mismo respecto de la protección de sus libertades.
10. Inclusive desde su perspectiva semántica se reconoce las dificultades para aprehender el concepto, lo cual se grafica con la estética cita sobre el lenguaje de Carrió. ORSI Omar Gabriel “Sistema penal y crimen organizado. Estrategias de aprehensión y criminalización del conflicto”. Editores del Puerto. Buenos Aires. Argentina. 2007 p 4.
11. Sobre este grado de complejidad Ver VIRGOLINI Julio E. S. “Crímenes Excelentes”. Delitos de cuello blanco, crimen organizado y corrupción”. Editores del Puerto. Buenos Aires. Argentina. 2004 pp. 217 a 218.
12. Por ejemplo en el pensamiento penal se distingue dentro de este prototipo de la criminalidad organizada: a) organizaciones mafiosas; b) organizaciones criminales sensiblemente mafiosas; c) organizaciones criminales funcionalmente mafiosas; d) organizaciones criminales ambiguamente constituidas que fundamentalmente persiguen fines económicos. Confrontar HERRERO HERRERO Carlos “Criminología. Parte General y Parte Especial”. Dykinson. Madrid. España. 1997 p 484.
13. Ver GÓMEZ DE LIAÑO FONSECA-HERRERO Marta “Criminalidad Organizada y Medios Extraordinarios de Investigación”. Colex. Madrid. España. 2004 p 47.
14. Reconociendo la difusidad del concepto se señala la definición acuñada en los Estados Federados de Alemania: “el crimen organizado consiste en una comisión planificada de delitos determinados por una ambición de ganancia o adquisición de poder, que en forma individual o conjunta resultan de gran importancia cuando más de dos partícipes actúan en conjunto por un tiempo prolongado: a) utilizando estructuras profesionales o de empresas; b) empleando violencia u otros medios destinados a la intimidación; c) influenciando en la política, los medios, la administración pública, la justicia o la economía”. DENCKER Friedrich “Criminalidad Organizada y Procedimiento Penal”. Traducción de Laura Elbert y Fabricio Guariglia en Nueva Doctrina Penal. 1998/B. Editores del Puerto. Buenos Aires. Argentina. 1998 p 481.

como marco la significación que al crimen organizado se la ha dado en instrumentos de carácter internacional<sup>15</sup>, debe quedar claro el carácter de concepto marco del cual se parte, lo que importa, no reproducir en su integralidad dicho concepto, por cuanto la técnica de elaboración de una normativa internacional tiene cierta apertura que puede ser no compatible con las normas penales específicas, el carácter de marco, radica en la vinculación de los grandes aspectos del concepto para adaptarlo a las propias legislaciones de acuerdo a las particularidades de cada sistema normativo.

2. Tampoco podemos pasar por alto, el panorama bastante nebuloso, que presenta el ámbito de la criminalidad organizada y su ámbito definitorio<sup>16</sup>, para lo cual desde una perspectiva de racionalidad dogmática —entendemos que a ello aspira el Derecho, incluido el penal— requiere de algunas precisiones, la primera de ellas es compatible con diferenciar entre un concepto amplio y restringido de criminalidad organizada<sup>17</sup>.

3. Así crimen organizado en sentido amplio se refiere a la criminalidad de empresa, la cual comprende todas aquellas actividades, que se desarrollan en relación a las acciones empresariales, constituyendo lo que se conoce como “Derecho Penal Económico”<sup>18</sup>, se trata aquí de la criminalidad en la empresa, con lo cual se hace énfasis en una criminalidad de tipo económico<sup>19</sup>, que tiene como fundamento la organización y la finalidad estrictamente lucrativa en el sentido de ventajas económicas, es decir un modelo de *Enterprise crime* o *Corporate crime*<sup>20</sup>.

4. Por otra parte, un enfoque en sentido estricto de criminalidad organizada, indica que la misma está constituida por organizaciones criminales, que tienen unas características especiales, que la diferencian de la criminalidad convencional,

15. En tal sentido, la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional bajo el rubro de “grupo delictivo organizado” ha tratado el fenómeno de las organizaciones criminales en el artículo 2 (a) que expresa: “grupo estructurado de tres o más personas que exista durante cierto tiempo y que actúe concertadamente con el propósito de cometer uno o más delitos graves o delitos tipificados con arreglo a la presente Convención con miras a obtener directa o indirectamente un beneficio económico u otros beneficios de orden material”.
16. Así ZAFFARONI Eugenio Raúl “El Crimen Organizado”. Una categoría frustrada. Editorial LEYER. Santafé de Bogotá. Colombia. Segunda edición. Colombia. 1996 p 17.
17. Sobre tal aspecto la propuesta de VIRGOLINI Julio E. S. “Crimen organizado, Criminología, Derecho y Política” en Nada Personal... Op cit. pp.49 a 51.
18. Ver en esa línea TERRADILLOS BASOCO Juan María “Empresa y Derecho Penal”. Primera edición. AD-HOC. Buenos Aires. Argentina. 2001 p 97.
19. Sobre los aspectos relacionales entre criminalidad organizada, económica e inclusive criminal de cuello blanco con pormenores valiosos VIRGOLINI Julio E. S. “Crímenes Excelentes”. Delitos de cuello blanco, crimen organizado y corrupción” Op cit. pp. 207 a 216.
20. Reconociendo esta modalidad del crimen organizado FOFFANI Luigui “Criminalidad Organizada y Criminalidad Económica: la experiencia italiana. Traducción de María José Pifarré de Moner en “Ciencias Penales Contemporáneas”. Revista de Derecho Penal, Procesal Penal y Criminología. Año 1. 2001. Ediciones Jurídicas Cuyo. Mendoza. Argentina. 2001 p 291. La figura de la criminalidad de empresa también es reconocida en una perspectiva criminológica en Alemania bajo la denominación de Unternehmens kriminalitaty ciertamente esta visión del hombre de status como un sujeto criminal no es nueva, desde antaño había sido puesta de manifiesto por Sutherland al definir los delitos de cuello blanco en el sentido de “un delito cometido por una persona de respetabilidad y estatus social alto en el curso de su ocupación” SUTHERLAND Edwin “El delito de Cuello Blanco”. Editorial Universidad Central de Venezuela. Caracas. 1969 p 13.

siendo su finalidad la de cometer masificadamente conductas delictivas homogéneas o heterogéneas; de ahí, la connotación que se le da a la criminalidad organizada estricta como la de “criminalidad como empresa”<sup>21</sup>; aunque para ello, perfectamente puede utilizarse la “empresa” como sucede con las nuevas modalidades de criminalidad<sup>22</sup>; en razón de ello, se distingue de criminalidad contra la empresa, la criminalidad desde la empresa<sup>23</sup>; sin embargo habrá de tenerse en cuenta que la criminalidad organizada no puede vincularse de manera absoluta a la criminalidad de empresarial<sup>24</sup>, ésta última es una importante expresión de aquella, quizá la más “refinada” pero no puede haber una correspondencia absoluta entre delincuencia económica y crimen organizado<sup>25</sup>.

21. En la criminalidad como empresa el presupuesto que la distingue es que la organización criminal, masifica el delito, actúa entonces con la forma de producción empresarial, realizando multiplicidad de delitos sobre áreas específicas y especializadas, o dicho muy resumidamente, la organización criminal, produce en serie las conductas delictivas. Sobre esa especial connotación del modelo de empresa criminal y sus fines ORSI Omar Gabriel “Sistema penal y crimen organizado. Estrategias de aprehensión y criminalización del conflicto” Op cit.p6
22. Ciertamente, también en las actuales organizaciones criminales, que actúan como empresa, puede darse la variante, de utilizar a las corporaciones empresariales, para disolver ejecutar o encubrir las actividades criminales, aunque estas empresas hayan nacido y operen en un giro lícito, y puede también utilizarse a la empresa como mera fachada de actos criminales. Diferenciando sobre estos aspectos CHOCLAN MONTALVO José Antonio “Criminalidad Organizada. Concepto. La asociación ilícita. Problemas de autoría y participación” en La criminalidad organizada. Aspectos sustantivos, ‘procesales y orgánicos. Cuadernos de Derecho Judicial. Consejo General del Poder Judicial. Madrid. España. 2001 pp. 235 a 236.
23. Este aspecto es ilustrado de manera magistral al señalar que en la sistemática penal, las prescripciones, definen diferentes conductas delictivas, unas atentan contra la actividad empresarial de ahí la calificación de delitos contra la empresa, pero otras utilizan la estructura empresarial para realizar conductas delictivas de manera organizada, y por ello la calificación de criminalidad desde la empresa, es decir utilizando el estatus jurídico y al estructura empresarial para ejecutar específicos delitos que corresponden a un tipo crimen organizado Ver: MAZZACUVA Nicola “Criminalidad Organizada y Empresa” en “Nada Personal... Ensayos sobre crimen organizado y sistema de justicia”. Virgolini-Slokar. Coordinadores. De Palma. Buenos Aires. Argentina. 2001 pp.189 a 198.
24. Sobre los diferentes alcances de la criminalidad económica y de la relación de esta con la categoría criminológica de los delitos de cuello blanco, aunque matizando sus diversos aspectos y la necesidad de una judicatura verdaderamente especializada para enfrentar este tipo de criminalidad desde el Estado de Derecho: BORJA JIMÉNEZ Emiliano “Problemas Político-Criminales Actuales de las Sociedades Occidentales”. Parte Especial. Editorial Jurídica Continental. San José. Costa Rica. 2003 pp. 185 a 186.
25. Sobre ello conviene tener en cuenta que no resulta adecuado generar una identificación absoluta entre crimen organizado y crímenes económicos, así se ha señalado: “Desde luego el concepto de criminalidad organizada es, por un lado, más amplio que el de criminalidad económica, pues aquél no se agota en la delincuencia económica en sentido estricto sino que engloba otros campos numerosos y diferenciados; por otro lado, sin embargo es más restringido, pues los delitos económicos no están necesariamente vinculados a una estructura organizativa sino que también pueden ser cometidos por sujetos particulares. De hecho existe un reconocimiento de que las diferencias entre criminalidad organizada y criminalidad económica se perfilan de modo mucho más nítido en el paso menos reciente y en cambio ahora van haciéndose más fluidas conforme la delincuencia organizada se infiltra con fuerza en la vida económica legal”. IGLESIAS RÍOS Miguel Ángel “Criminalidad Organizada y Delincuencia Económica. Aproximación a su incidencia global” en Criminalidad Organizada y Delincuencia Económica”. Estudios en homenaje al Profesor Herney Hoyos Garcés. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez. Bogotá. Colombia. 2002 p 21. También señalando esas diferencias MEDINA ARIZA J. J. “Una introducción al estudio criminológico del crimen organizado” en Delincuencia Organizada. Aspectos penales, procesales y criminológicos. Juan Carlos Ferré Olivé. E Anarte Borraello (eds.) Editorial Universidad de Huelva. España. 1999 p 112. Y es que, ciertamente, no puede generarse una homologación absoluta entre la criminalidad económica y el crimen organizado, cierto es, que las organizaciones criminales, delinque adoptando la modalidad de la estructura empresarial, y también que en muchas formas delictivas de especialización, también se comenten hechos criminales utilizando la actividad de las empresas, pero la criminalidad económica, tiene su propia autonomía, y no puede ser absorbida por el crimen organizado como fenómeno delictivo, puesto que como se ha señalado el Derecho Penal económico, tiene su propia sistemática, sobre este último para ver la conceptualización y evolución del Derecho Penal Económico, es ilustrativo: TIEDEMANN Klaus “Manual de Derecho Penal Económico. Parte General y Especial. Tirant lo Blanch. Valencia. España. 2010 pp. 55 a 65.

### III. La estructura organizacional en la criminalidad asociativa

1. Si un aspecto fundamental debe destacarse respecto de la criminalidad organizada, es el criterio que la distingue, el cual radica en la “organización”; sin este presupuesto me parece que no puede sostenerse racionalmente la dimensión de crimen organizado; esta cuestión fundamental de organización<sup>26</sup>, no debe ser entendido como un concepto rudimentario, que se homologue o reduzca a la reunión, planificación, o a la puesta en común en el delito, o en su caso a la participación plural de personas; estos niveles “primarios” de organización —a mi juicio— no son compatibles con la noción que constituye el sentido en forma amplia o restringida de la criminalidad organizada.

2. Es por ello esencial entender que el concepto de organización en materia del crimen organizado, requiere de una cierta complejidad, que la diferencia claramente de las asociaciones criminales<sup>27</sup> de ahí que la criminalidad organizada puede presentar diferentes niveles, dependiendo de los requerimientos en los cuales se desarrolle; así, puede constituir una organización criminal con alcance transnacional o solamente nacional; puede tener como finalidad la especialización en un rubro de la criminalidad —criminalidad unidireccional— o puede tener por objeto diversas ámbitos de la criminalidad —criminalidad multidisciplinar— ; puede asumir un modelo único de asociatividad, o un modelo integrado de la misma; puede construir un modelo uni-vertical de organización, o un modelo pluri-horizontal de organización. Como se nota, la breve reseña apenas esbozada, determina la complejidad organizativa, en la cual se estructura una organización criminal en sentido estricto, y ello es peculiar del crimen organizado, esta clase de corporaciones criminales tienen su sentido distintivo en la organización, misma que no se compagina con otras formas de criminalidad<sup>28</sup>.

3. Desde la perspectiva organizacional, la estructura de criminalidad organizada en el sentido de empresa criminal —es decir de organización para cometer delitos— requiere que concurren los siguientes parámetros sin los cuales, es difícil entender una organización criminal en estricto sentido, es decir verdadero crimen organizado, al menos en su forma más acabada, lo cual implica máximos niveles de organización<sup>29</sup>.

26. Sobre lo sustantivo de la organización en la categoría dogmática que se estudia ORSI Omar Gabriel “Sistema penal y crimen organizado. Estrategias de aprehensión y criminalización del conflicto” Op cit. p 5.

27. INSOLERA Gaetano “Nociones de criminalidad organizada: Concurso de personas y delitos asociados” en Nada Personal... Ensayos sobre crimen organizado y sistema de justicia. Virgolini-Slokar. Coordinadores. De Palma. Buenos Aires. Argentina. 2001 pp. 96 a 97.

28. NIÑO Luis Fernando “Criminalidad Organizada” en Crónicas Iberoamericanas. Revista Penal. Número 2. Julio 1998. Editorial Praxis. Barcelona. España. 1998 p 81.

29. De lege ferenda el concepto de organización tampoco es pacífico, por ejemplo en la jurisprudencia del Tribunal Supremo Español se detallan tres modelos de organización respecto de estructuras criminales: en la sentencia del TS del 12 de enero de 1995 se aludió a un concepto restringido de organización para el cual se requería: a) existencia de una estructura jerárquica; b) fungibilidad de los miembros de la organización; y c) la existencia conocida de un centro de decisiones. Otra forma de organización —acrememente criticada por la doctrina española— es el modelo de organización impropio en la cual la organización se asimila a la institución de la coautoría. Sentencia del TS del 1 de diciembre de 1992 y si se nota superada ya por la figura restringida de

a) La actividad de un centro de poder en la organización, en el cual se toman las decisiones de orientación criminal, qué hacer, cómo hacer, quién va hacer, pero a nivel de grandes directrices; b) Distintos de niveles de jerarquía en la actuación de la empresa criminal bien diferenciados, desde la jerarquía hasta los ejecutores y proveedores; sin embargo, los niveles de jerarquía no tienen una interacción directa, sino sectorial, con lo cual, se desconoce por los ámbitos de menor jerarquía, la totalidad de los planes, conociéndose sólo el área que les toca desarrollar; (c) Utilización de tecnología “de punta” y una amplia logística, índices elevados de profesionalidad en las áreas a desarrollar; (d) fungibilidad absoluta de los miembros que integran la estructura criminal en las áreas inferiores; anonimato internivelario para los miembros de las cúpulas. Mientras en la cúpula se tiende a la estabilidad, en los niveles inferiores se tiende a la renovación por inclusión; e) nivel de obediencia altamente potenciado, y correspondencia disciplinaria al cumplimiento de órdenes; (f) transnacionalidad y corporatividad en el crimen internacional; (g) apariencia de legalidad e infiltración en los centros financieros; (h) y vinculación con centros de poder estatal de mediana y larga entidad<sup>30</sup>.

4. Sin embargo es oportuno indicar, que cada sector especializado de la criminalidad organizada presentará sus propias características a nivel de organización criminal y de acuerdo a las áreas en las que con mayor énfasis realicen sus actividades criminales<sup>31</sup>, sólo para detallar un ejemplo, es apropiada la cita que hace Joshi sobre las particularidades de las organizaciones criminales en materia de delitos relacionados al tráfico de drogas, a tales efectos se precisa: “a) existencia de una seria planificación y preparación del hecho criminal; b) la ejecución del hecho será realizada por profesionales altamente cualificados.; c) las ganancias obtenidas se intentan introducir mediante el blanqueo de dinero en la economía legal; d) los grupos mantienen vínculos suprarregionales; e) estructuración fuertemente jerarquizada; f) Gran poder corruptor; g) ámbitos de actuación del más diverso tipo; h) actitud criminal de grupos”<sup>32</sup>.

---

organización en el precedente primeramente citado. Una forma diferente de organización con un sentido más político criminal fue sostenido en las sentencias del Tribunal Supremo Español del 14 de Febrero y del 3 de Marzo de 1995 en la cual se señalan como características de una organización criminal: a) la concurrencia de diversas personas reunidas con la finalidad de cometer delitos; b) necesidad de una organización y distribución de funciones; 3) jerarquización, aunque no es necesario el conocimiento de los ordenantes; 4) ser parte de la organización.

30. Sobre la particular fenomenología que se expresa en las organizaciones criminales profundamente marcadas por motivaciones económicas y organizacionales es ilustrativo VIRGOLINI Julio E. S. “Crímenes Excelentes”. Delitos de cuello blanco, crimen organizado y corrupción” Op cit. pp. 202 a 203.
31. Sobre el particular, explicando la racionalidad de la organización delictiva cuando funciona como modelo de empresa VIRGOLINI Julio E. S. “Crímenes Excelentes”. Delitos de cuello blanco, crimen organizado y corrupción” Op cit. pp. 208 a 209.
32. JOSHI JUBERT Ujala “Sobre el concepto de organización en el delito de tráfico de drogas en la jurisprudencia del Tribunal Supremo Español” en Libro Homenaje a José Rafael Mendoza Troconis. Tomo I. Instituto de Ciencias Penales y Criminológicas. Universidad Central de Venezuela. Caracas. Venezuela. 1998 pp. 199 a 200.

5. El aspecto medular que determina a la criminalidad organizada, es precisamente ese carácter organizacional<sup>33</sup> pero dotado de una mayor estructuración, no se trata de cualquier organización, sino de una que es por definición compleja en su constitución, distribución y función, es como se ha dicho una nueva forma de “macro-criminalidad” que en su nivel organizativo se distingue de la asociación criminal<sup>34</sup> como en adelante lo tratamos, empero tan importante como la organización resulta el carácter de estructura que la misma ha de presentar, ambos aspectos se han considerado fundamentales para este tipo de criminalidad.

#### IV. La función estructural en el crimen organizado

1. Si la organización es clave para la configuración del crimen organizado como forma extraordinaria de la participación criminal, el desarrollo de tal actividad determina otro aspecto central, el cual es la estructura que presentan los modelos de criminalidad organizacional, en cuyo aspecto volvemos a reiterar, que dicha forma de organización y la estructura criminal que se derive, es variable de acuerdo a las actividades criminales que se desarrollen como finalidad de la entidad mafiosa.

2. Aun así, es posible resumir las características que ostenta en general las formas de criminalidad organizada<sup>35</sup>, teniéndose en cuenta, que no todas concurrirán, atendiendo a las necesidades de la propia empresa criminal —por ejemplo la transnacionalidad— empero una verdadera forma de crimen organizada debería de presentar la mayoría de presupuestos que son los que a continuación se detallan, sí es que se trata de una estructura de crimen organizado, por cuanto como ya se ha expresado, en la ejecución de conductas criminales pueden concurrir otras formas de delincuencia plural, a tales efectos en una organización criminal en el sentido que venimos exponiendo concurrirían: I) Organización criminal con cúpula de mando; II) Jerarquización estratificada; III) Especialización en una o diversas áreas de criminalidad; IV) Finalidad permanente de ejecución delictiva; V) Objetivos de lucro en áreas financieras o de dominación política; VI) Utilización de una sofisticada logística; VII) Transnacionalidad y organización criminal internacional; VIII) Altos niveles de disciplina y obediencia; IX) Fungibilidad de miembros inferiores, distribu-

33. Sobre el concepto de organización en su sentido criminal se afirma: “La organización criminal es una entidad colectiva ordenada en su función de estrictos criterios de racionalidad. A modo de piezas que se integran en una sólida estructura, cada uno de sus miembros desempeña un determinado cometido para el que se encuentra especialmente capacitado en función de sus aptitudes o posibilidades personales. De este modo, la corporación alcanza los rasgos propios de una sociedad de profesionales del delito en la que se manifiesta un sistema de relaciones definida a partir de deberes y privilegios recíprocos” FABIAN CAPARROS Eduardo “El delito de blanqueo de capitales”. Colex. Madrid. España. 1998 p 37.

34. Ver ZUÑIGA RODRÍGUEZ Laura “Redes Internacionales y Criminalidad: A propósito del modelo de participación en organización criminal” en “El Derecho Penal ante la Globalización”. Colex. Madrid. España. 2002 p 51.

35. Lo ha sintetizado de manera clara CHOCLAN MONTALVO José Antonio “La Organización Criminal. Tratamiento penal y procesal”. Dykinson. Madrid. España. 2000 p 9. Un buen resumen de las principales características de estas formas de criminalidad las indica ORSI Omar Gabriel “Sistema penal y crimen organizado. Estrategias de aprehensión y criminalización del conflicto” Op cit. p 75.

ción de roles; X) Gran capacidad de corrupción; XI) Vinculación con centros de poder estatal; XII) Sentido de pertenencia de los miembros a la organización<sup>36</sup>.

3. Dicho lo anterior, debe comprenderse que la criminalidad organizada, debe ser pulcramente distinguida de la criminalidad asociada, y de la coautoría sea esta material o funcional, puesto que estas formas de pluralidad criminal, se ven desbordadas por la complejidad de la criminalidad organizacional<sup>37</sup>, de ahí que, en estos casos la configuración legislativa debe guardar la debida racionalidad al momento de determinar legalmente la consideración sobre lo que debe constituir materia de crimen organizado, o en su caso en el ámbito de la hermenéutica penal, ha de hacerse una interpretación restrictiva, puesto que ni las asociaciones delictivas, ni la coautoría o la participación plural en el delito, deberían importar una verdadera criminalidad organizada, por cuanto ello sería disfuncional para la persecución de la actividad criminal mediante modelos complejos de organización.

4. En principio es menester reconocer las diferencias conceptuales entre el crimen organizado y otras formas de participación plural en el delito, así la criminalidad asociada, comparte algunos elementos de la estructura de la criminalidad organizada, pero no con la intensidad, ni con la extensión de la empresa criminal<sup>38</sup>. En cuanto a los elementos comunes de la criminalidad asociada se cita: a) Organización; b) Sentido de pertenencia del sujeto a la asociación; c) Jerarquía; d) Distribución de roles; e) Objetivos delictivos generales; f) Uso meridiano de logística. En cambio la coautoría material o funcional solo asumen mínimos niveles de organización, fundamentados en el reparto de roles para la ejecución del delito.

5. De ahí que no se puedan hacer analogía respecto de la criminalidad organizada, la criminalidad asociada y la coautoría; tampoco corresponde confundir criminalidad organizada y “criminalidad de masas”; por cuanto estas confusiones únicamente potencian el encubrimiento de la verdadera criminalidad organizada, lo cual ciertamente no permite una verdadera persecución de la misma<sup>39</sup>; esta misma afirmación equivaldría para aquellas consideraciones que encajan a la crimi-

36. Insistiremos nuevamente, las características que se han enunciado no son acumulativas, de tal manera que la existencia o no de una organización criminal no depende del cumplimiento de todas ellas, si es oportuno indicar que a mayores adecuaciones con las particularidades señaladas, mayor complejidad presentará la organización criminal, lo cual elevará su eficacia delictiva, y por ende, una mayor dificultad en cuanto a su neutralización por parte de las agencias del sistema penal. Es menester hacer énfasis en estos aspectos, por cuanto si la criminalidad organizada se entiende como una forma especial de la participación criminal en el delito, y así se estructura su forma de persecución en cuanto a los hechos criminales que se comenten, craso yerro sería confundir la actividad de organizaciones mafiosas que constituyen crimen organizado, con asociaciones criminales o —lo que es peor— con formas de participación en coautoría.

37. Sobre tales aspectos diferenciales, con crítica a la jurisprudencia española en los casos Amedo y Filesa CHOCLAN MONTALVO José Antonio “La Organización Criminal. Tratamiento penal y procesal”. Op cit. pp. 32 a 33.

38. Sobre el mismo punto aunque con las diferencias que determina el derecho comparado ORSI Omar Gabriel “Sistema penal y crimen organizado. Estrategias de aprehensión y criminalización del conflicto” Op cit. p 119.

39. HASSEMER Winfried “Límites del Estado de Derecho para el combate contra la criminalidad organizada”. Traducción de Alfredo Chirino Sánchez. Revista Judicial Justicia de Paz. N° 11. Ario V. Volumen I. Enero-abril2002. CSJ-AECI. San Salvador. El Salvador. 2002 p 4.

alidad organizada con estructuras violentas del crimen, por cuanto dicha forma de criminalidad es sólo una de las facetas del crimen organizado, la más visible, precisamente por los métodos utilizados, empero con ello se descuidan formas más complejas y sutiles de las organizaciones criminales<sup>40</sup>, olvidando una de las notas distintivas del crimen organizado, la cual no es precisamente la violencia, sino la corrupción a todo nivel.

## V. Participación delictiva en la criminalidad organizada

1. De las cuestiones más debatidas en el marco del Derecho Penal, resulta primigenia como considerar la participación delictiva cuando se trata de delincuencia organizada, ello implica tratar de dar respuesta a un problema de la actualidad, desde el uso de las formas de participación criminal que se utilizan usualmente en la dogmática penal, las dificultades que se presentan son atinentes a lograr la imputación de hechos de una forma de organización compleja, es decir diferente a las formas tradicionales de imputación personal<sup>41</sup>.

2. La forma de dar respuesta a este problema ha transitado por diversas sustentaciones, desde la teoría de la instigación, a la de la coautoría, de la autoría mediata a las formas de participación por organización, las respuestas son diversas y no concurre todavía una afirmación unánime en la doctrina penal sobre cual modelo capta mejor el problema de la criminalidad organizada, aunque conviene anticipar que los modelos de autoría mediata y de participación por la organización son quizá los más recientes respecto del fenómeno de imputación mediante organismos complejos de criminalidad. En lo que sigue se realizará una reseña de los mismos.

## VI. La fórmula de la instigación

1. Una de las modalidades desarrolladas para explicar la participación en formas organizadas de criminalidad ha sido la instigación, con lo cual se formula una equiparación entre la inducción y la autoría, ello quizá ocurra por cuanto en algunos sistemas penales —el nuestro incluido— penológicamente no hay distin-

40. El aspecto relevante en esta cuestión, es que el crimen organizado no se puede reducir a modelos de criminalidad, violenta, este tipo de organizaciones pueden constituir también crimen organizado, pero no agota el fenómeno de esta clase de delincuencia, también cierto tipo de criminalidad económica puede ser constitutiva de crimen organizado, bajo este modelo de criminalidad también pueden delinquir actores políticos, es decir la delincuencia política, y también la del ámbito de la corrupción, podría quedar abarcado, si se reúnen las condiciones necesarias por las formas de crimen organizado, por ello, no sería conveniente, mostrar al crimen organizado únicamente desde una perspectiva, violenta —al estilo mafioso, de bandas o pandillas, ello generaría un concepto de delincuente que no reproduciría completamente las distintas formas del crimen organizado. Sobre este último aspecto, e indicando estas cuestiones las cuales pueden ser manejadas de manera estereotipada VIRGOLINI Julio E. S. "Crímenes Excelentes. Delitos de cuello blanco, crimen organizado y corrupción" Op cit. pp. 198 a 200.

41. Precisamente por ello se insiste actualmente en la no suficiente cobertura que las categorías de imputación clásica tendrían respecto de las manifestaciones de las organizaciones criminales, en otras palabras que el diseño del sistema de imputación individual ya no capta las nuevas tendencias de la criminalidad, es decir aquella que se presenta sobre la base de actuaciones u omisiones a partir de organizaciones complejas, y por la tanto la transposición de estas categorías no permiten una respuesta satisfactoria ante un fenómeno que es diferente a la imputación personal.

ción entre instigadores y autores<sup>42</sup>. Sin embargo, más allá de esta cuestión de coincidencia en cuanto a las penas, las diferencias sistemáticas entre la figura de la instigación y la autoría son notables. Así la instigación siempre significa una relación directa entre el instigador y la persona que es instigada, esa relación inmediata es fundamental para que pueda acreditarse la inducción, y sin embargo, cuando se trata de organizaciones criminales complejas o de aparatos organizados, tal relación no aparece configurada, por cuanto no media de manera directa una actividad entre inductor e inducido.

2. Precisamente al no mediar una relación directa, no es posible imputar jurídicamente desde la instigación, la actuación del inductor, por cuanto es difícil reflejar que ha sido éste quien ha inducido a la otra persona, haciendo nacer en él, la resolución criminal, de tal manera que cuando se obra mediante la figura de la inducción se requiere necesariamente de la llamada “causalidad síquica”, sin la cual la conducta es atípica, por cuanto es necesario que haya sido el inductor y no otro, quien haya hecho nacer el dolo criminal en la mente del instigado, lo cual no sucede cuando se trata de organizaciones complejas, por cuanto no concurre una relación directa entre quien ordena y quien ejecuta, es decir entre el instigador y el instigado cuando se utiliza esta figura, de tal suerte, que al no corresponderse una actuación directa entre ambos por *omni modo facturatus* habrían serios problemas para imputar el resultado al inductor, ello aparte de los problemas de exceso o defecto en la ejecución que podrían devenirse. Los anteriores aspectos resultan los más problemáticos para poder desarrollar la figura de la instigación en las formas complejas de criminalidad organizada, y en tal sentido resulta deficitario entender que los miembros de la cúpula o del directorio de la organización actuaría como un inductor cuando desarrolla las líneas maestras de la actividad criminal o cuando da órdenes específicas para la realización de conductas delictivas.

## VII. El modelo de la coautoría

1. También se ha fundamentado la coautoría como un modelo para comprender las actividades que se desarrollan en las formas de criminalidad organizada, ciertamente las mayores aproximaciones sobre cómo funcionan los organismos estructurados y jerarquizados con la coautoría, han sido desarrollados sobre la base de las actividades funcionales, es decir atendiendo al criterio de reparto de roles y de actividades algunas materiales y otras de dirección, así como al de imputación recíproca de los resultados entre los intervinientes cuando se ha acreditado su actuar conjunto. No obstante la utilización de la coautoría no ha estado exenta de objeciones, por ejemplo se cuestiona que no basta la comunidad entre ejecutores y quienes realizan la actividad de planificación o de dar órdenes para entender que se desarrolla una unidad de varias acciones ejecutivas, por cuanto la coautoría tampoco se limita al actuar en comunidad. En atención a ello es que se hace

42. Al efecto el artículo 65 del Código Penal dispone: “A los autores, coautores, autores mediatos e instigadores de un delito o falta se les impondrá la pena que para cada caso se halle señalada en la ley”.

énfasis en el problema del acuerdo previo para desarrollar toda la actividad delictiva en cuanto a la ejecución de las conductas posteriores, por cuanto este acuerdo previo estaría ausente en las organizaciones criminales complejas, en las cuales los miembros que dirigen, se limitan únicamente a impartir ciertas órdenes o inclusive directrices, sin realizar actos de concierto con los ejecutores, a los cuales inclusive es posible que se desconozcan por completo.

2. Otro aspecto crítico estaría sustentado sobre la base de que en la coautoría es menester que quienes están en connivencia realicen actos materiales en la ejecución de los hechos criminales, lo cual sería completamente inexistente con los miembros directores o jefes de la organización criminal por cuanto estos se limitan en la mayoría de los casos a realizar conductas de planificación u ordenadoras, pero no a ejecutar materialmente las conductas criminales que se han acordado, tal cuestión no deja de ser problemática no obstante que se ha avanzado en el desarrollo de la coautoría y que sobre la base del dominio del hecho no se exige ya propiamente la ejecución de actos formalmente típicos, sino que la realización del injusto penal es no necesariamente dependiente de la ejecución formal de un elemento del tipo penal, sin embargo, cuando se trata de organizaciones criminales se encuentran los directorios o cúpulas tan alejadas del desarrollo material de las conductas<sup>43</sup>, que resulta difícil en todo caso entender que se ha participado aun funcionalmente en los actos de ejecución del hecho delictivo.

### VIII. La cuestión de la autoría mediata en relación a utilización de instrumentos en grupos delictivos

1. En este caso se ha planteado que respecto de las organizaciones criminales puede desarrollarse un modelo de imputación sobre la base de la autoría mediata bajo el criterio de dominio de la organización —*Organisationsherrschaft*— el cual en su sentido más clásico se desarrolló sobre formas de criminalidad estatal o paraestatal. Ciertamente una de las respuestas al fenómeno del crimen organizado ha sido enfrentado mediante las formas de autoría mediata pero no se debe desconocer el rendimiento de esta figura para formas de criminalidad que son diversas de las originalmente aplicadas<sup>44</sup>. La doctrina penal ha reconocido la necesidad de considerar

43. Precisamente uno de los aspectos críticos que se manifiesta es el rebasamiento del dominio funcional del hecho, por cuanto aunque en éste no se exige propiamente al coautor la ejecución formal de los actos típicos sino una conductas de configuración global del hecho, tal aspecto resulta disfuncional cuando los actos de proyección y de reparto de actividades no son desarrollados por los directorios, los carteles, o las jefaturas de las organizaciones criminales, las cuales sólo desarrollan una especie de directrices o planes generales de acción sin desarrollar aspectos específicos de planificación, y ciertamente esta forma de operar es una de las que se ha puesto de manifiesto en las nuevas formas de criminalidad organizacional, con lo cual los problemas de imputación serían notorios.

44. Respecto del desarrollo del modelo de autoría mediata en aparatos organizados debe de señalarse que la original formulación de Roxin se presentó como una respuesta a ciertas formas de actuación organizadas, pero no inicialmente sobre el fenómeno de lo que ahora se conoce como crimen organizado, al abordarse el tema de los aparatos de poder organizados desde el Estado o de manera paralela, se formularon los siguientes presupuestos: a) primero que se trate de un aparato organizado de poder con estructura jerarquizada rígida; b) que concurra una fungibilidad del autor material, lo que denota la capacidad de organización de la estructura; c) que el aparato de poder se haya separado del ordenamiento jurídico. Bajo estas condiciones es que se formula la autoría

que el delito no siempre se comete de manera directa o inmediata por sus ejecutores, y que en algunos supuestos, hay personas que participan en el hecho delictivo, aunque de manera mediata<sup>45</sup>. El Código Penal, siguiendo a las codificaciones más avanzadas, reconoce la llamada autoría mediata<sup>46</sup>, cuestión que también a nivel de precedentes ha sido afirmada<sup>47</sup>, como otra forma de autoría, la cual debe ser diferenciada esencialmente con la instigación por las similitudes que pueden tener.

2. Huelga decir además que la autoría mediata, es una institución que tiene gran relevancia en ciertas áreas del Derecho Penal, quizá actualmente con un mayor énfasis en la llamada criminalidad económica, sobre todo en aquellos delitos que se vinculan al llamado Derecho Penal Empresarial<sup>48</sup> y de manera más particular en las formas de legitimación de capitales, en los cuales de manera previsible el sujeto dominador del hecho, utiliza como instrumentos a las personas, para que puedan realizar conductas propias del lavado de dinero, quedando oculta la actuación del dominante, quien participa solo de manera intermedia<sup>49</sup>, también esta forma de delinquir es propia de la llamada criminalidad del poder, de delitos de corrupción

---

mediata por dominio de la organización, en la cual encajan organizaciones de orden político, militar o policial; posteriormente esta forma de imputación de dominio de la organización se amplió a movimientos clandestinos, organizaciones secretas, bandas criminales y agrupaciones análogas.

45. Sobre ello puede verse JESCHECK Hans-Heinrich "Tratado de Derecho Penal". 4º edición corregida y ampliada. Traducción de José Luis Manzanares Samaniego. Editorial Comares. Granada. España. 1993 p 604; STRATENWERTH Günter "Derecho Penal. Parte general". El hecho punible. 4 Edición reelaborada. Traducción de Manuel Cancio Meliá y Marcelo Sancinetti. Hammurabi. Buenos Aires. Argentina. 2005 p 379; MIR PUIG Santiago "Derecho Penal". Parte General. 7 Edición. Editorial B de F. Buenos Aires. Argentina. 2005 p 379.
46. Ver en tal sentido TREJO ESCOBAR Miguel Alberto "Autoría y Participación en Derecho Penal". Editorial Triple D. San Salvador. El Salvador. 2000 p 96.
47. Sentencia del Tribunal Tercero de Sentencia de San Salvador del tres de abril de dos mil tres. Es autor mediato, según el artículo 34 del CP aquel que "cometen el delito por medio de otro del que se valen como instrumento". Siguiendo ese concepto jurídico penal, podemos afirmar que autor mediato es aquel que no realiza por sí mismo el delito, ni de manera material, ni funcional, sino que lo cometen valiéndose de la conducta de otro u otros, que son los que lo ejecutan. La afirmación del autor mediato supone, en su sentido genérico, la aceptación de la tesisura del "autor tras el autor" y ello es aceptado como medida de política penal del legiferante, al que le da contenido el artículo 34 del CP, cuando estima como autor a la persona —quien sin ejecutar ninguna modalidad coautor— lo domina influyendo —dominando— sobre la voluntad del realizador, quien da perpetración a la conducta delictiva como instrumento para cometer el delito, que es lo querido por el autor mediato. Para poder constituirse autor mediato, al menos deben concurrir los siguientes presupuestos: (I) El autor mediato siempre debe ostentar el dominio del hecho —mediante el dominio de la voluntad— puesto que si tal dominio es compartido o lo asume conociéndolo y queriéndolo, como tal el sujeto que actúa como instrumento se desvanece la autoría mediata; (II) El autor mediato debe ejercer ese poder de dominio, por la subordinación del instrumento para la realización del delito, el hecho queda sometido así al autor de atrás, y aunque el mismo no es quien lo ejecuta, es quien lo decide, domina y sobre quien recae la atribución del hecho; (III) El autor mediato si es quien domina el hecho mediante un tercero por subordinación, debe proceder queriendo y conociendo la realización del hecho, con lo que se afirma su procedencia únicamente por delitos dolosos; (IV) El tribunal parte de la tesis de que el delito no tiene que ser de propia mano ni de delicia propia pues en ellos el autor debe realizar por sí mismo la ejecución típica, lo que no sería posible para la autoría mediata, ello no descarta otros tipos de imputación, pero no en grado de autoría mediata.
48. PREZA RESTUCCIA Dardo, ADRIASOLA Gabriel, GALAIN Pablo "Delitos Económicos" Editorial B de F. Buenos Aires. Argentina. 2004 pp. 126 a 128.
49. Lo cual puede presentarse en diferentes modalidades inclusive en actividades estandarizadas Ver RAGUÉS I VALLE Ramón "Lavado de activos y negocios standard" en Nuevas Formulaciones en las Ciencias Penales. Homenaje al Profesor Claus Roxin. Lerner. Córdoba. Argentina pp. 622 a 624.

en el ejercicio de la función pública<sup>50</sup> o respecto de formas organizadas de delinquir en otras áreas delictivas<sup>51</sup>.

3. Autor mediato se dice que es aquel, que realiza el hecho no por si mismo, sino utilizando a otra persona a quien instrumentaliza, para que materialmente ejecute el hecho; sin embargo, el aspecto esencial que distingue la autoría mediata de instigador, es el dominio de la voluntad, el autor mediato siempre debe tener el dominio del hecho, mediante el dominio de la voluntad del instrumento<sup>52</sup>, de tal manera que el hecho es obra de la voluntad del llamado “hombre de atrás”, que domina el hecho, dominando la voluntad de la persona que utiliza como un instrumento para la ejecución del injusto<sup>53</sup>; este aspecto nunca debe concurrir en el instigador, quien a pesar de crear el dolo de delinquir en el sujeto activo, nunca dominara su voluntad y por tanto la ejecución del hecho.

4. El precepto penal del artículo 34 del Código Penal, reconoce este dominio de la voluntad, y por tanto dominio del hecho, por cuanto establece que los autores mediatos: “cometen el delito por medio de otro del que se sirven como instrumento”; de ahí que tal figura, requiera la necesidad de la instrumentalización<sup>54</sup>, y sobre tales formas del dominio de la voluntad se plantean por la teoría diversos modelos<sup>55</sup> que pueden reconducirse a dos grandes segmentos: (a) Aquellos en los cuales los instrumentos cometen el hecho sin conocimiento del acto delictivo, los cuales se agrupan en: la instrumentalización sin dolo<sup>56</sup> instrumento que obra sin

- 
50. Sobre ello IGLESIAS RÍOS Miguel Ángel “Criminalidad organizada y delincuencia económica. Aproximación a su incidencia global” en *El Nuevo Derecho Penal Español. Estudios Penales en Memoria del Profesor José Manuel Valle Muñiz*. Gonzalo Quintero Olivares. Fermín Morales Prats Coordinadores. Aranzadi. Navarra. España. 2001 pp. 1457 a 1458.
51. Así, FERNÁNDEZ IBÁÑEZ Eva “La autoría mediata en aparatos organizados de poder”. Editorial Comares. Granada. España. 2006 pp. 110 a 115.
52. En razón de tal tesis se afirma: “Es autor mediato quien comete el hecho “por medio de otro” quien para la ejecución de un hecho punible que se comete con dolo se sirve de otro ser humano como instrumento. Por eso, si algo caracteriza a la autoría mediata es el dominio de la voluntad de otro”. DONNA Edgardo Alberto “La autoría y la participación criminal. Segunda edición ampliada y profundizada. Rubinzal-Culzoni. Buenos Aires. Argentina. 2002 p 45.
53. Es esta la forma más clásica de la formulación del autor mediato entendido como hombre de atrás que controla la realización del hecho mediante el dominio de la voluntad de quien ha resultado instrumentalizado, así lo hace notar AMBOS Kai “Dominio del hecho por dominio de la voluntad en virtud de aparatos organizados de poder”. Traducción de Manuel Cancio Meliá. Universidad Externado de Colombia. Primera edición. Bogotá. Colombia. 1998 p 12.
54. Sobre ello SERRANO PIEDECASAS FERNÁNDEZ José Ramón “Manual de Teoría Jurídica del Delito”. 1º edición. Consejo Nacional de la Judicatura, Escuela de Capacitación Judicial. San Salvador. El Salvador. 2003 p 135; TERRADILLOS BASOCO Juan María “Teoría Jurídica del Delito” en *Ciencias Penales. Monografías*. 1º edición. Consejo Nacional de la Judicatura, Escuela de Capacitación Judicial. San Salvador. El Salvador. 2000 p 135.
55. Las clasificaciones son diversas sin embargo en términos generales son coincidentes, sobre tales aspectos pueden confrontarse entre otros: JESCHECK Hans-Heinrich “Tratado de Derecho Penal. 4º edición corregida y ampliada...” Op cit pp. 606 a 611. Con mayor prolijidad y por todos ROXIN Claus “Autoría y Dominio del Hecho en Derecho Penal”. Traducción de la sexta edición alemana por Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo. Marcial Pons. Madrid. España. 1998 p 163 y SS.
56. Instrumento que obra sin dolo. Es el caso más usual, en el cual el instrumento desconoce los elementos de la tipicidad, se trata de una persona que obra bajo un error de tipo, por la cual el autor mediato ejecuta el hecho teniendo pleno conocimiento del mismo; responde en estos casos el autor mediato no el instrumento, a menos que obre de manera imprudente y falte al deber de cuidado, con lo cual se plantea una coautoría accesoria

capacidad de culpabilidad<sup>57</sup>, acciones instrumentadas con déficits de la libertad<sup>58</sup>, actos en situaciones de error<sup>59</sup>; (b) Actuaciones de sujetos que en todo caso conocen y quieren la conducta delictiva en la cual participan, a la cual se añade una singular forma de instrumentalización<sup>60</sup>, por cuanto la teorización sobre la autoría mediata con dominio de la voluntad del instrumento, radicaba esencialmente en la falta de voluntad criminal de aquél, de la cual se aprovechaba el autor mediato, ello se modifica cuando se configura la instrumentalización en organizaciones de poder, sobre éstas últimas se abordará a continuación algunos de los aspectos más relevantes.

## IX. Autoría mediata en aparatos organizados de poder

1. En este caso el cual inclusive ha sido calificado de “autoría impropia”<sup>61</sup>, el instrumento obra dolosamente y domina el hecho, lo cual cuestiona el aspecto del dominio de la voluntad, sin embargo, se ha caracterizado por qué denominado el principio de fungibilidad —*Austauschbarkeit*— de los miembros de la organización de poder que han de efectuar la conducta<sup>62</sup>, fundamenta el dominio de la voluntad del sujeto, pero ello es discutible, por lo que se propone en este caso también una coautoría<sup>63</sup>; sin embargo se ha señalado que la vinculación del “hombre de atrás”

57. Instrumento que obra sin capacidad de culpabilidad penal. Se trata de la utilización de personas que no son imputables, de las cuales se vale el instrumento para la ejecución del hecho, la no imputabilidad puede ser creada o aprovechada por el autor mediato, que es quien responde.

58. Instrumentos que obran sin libertad. En estos casos de conminación de la voluntad el autor mediato constriñe a una persona para que ejecute el hecho, si el dominio de la voluntad es absoluto y el instrumento sólo se utiliza como medio mediante una *vis fisica* directa se indica que no hay autoría mediata, sino autoría directa, responde sólo el autor.

59. Instrumento que obra conforme a derecho. En este caso el instrumento ejecuta un acto que en apariencia para el mismo es legítimo, aunque materialmente no lo sea, hecho que conoce el instrumento por el cual conserva el dominio de la ejecución del hecho. Responde el autor mediato. Instrumento que obra con error de prohibición invencible. Se ha indicado que en este supuesto, el hombre de atrás, crea artificiosa o verdaderamente la situación de peligro para los bienes jurídicos de la persona, para que quien los defiende afecte los derechos de quien aparece como agresor. Responde el autor mediato.

60. Instrumento no cualificado que obra con dolo. En este caso el instrumento obra dolosamente —conociendo y queriendo el hecho— empero no concurre en el mismo el elemento de cualificación especial, elemento que si califica al “hombre de atrás” en este caso, la doctrina mayoritaria admite que como se trata de un ámbito de dominio del deber que únicamente tiene el *intraeus* éste es autor mediato, mientras el sujeto no cualificado será participe. Nótese que aquí se hace énfasis, ya no en el dominio del hecho, sino en el dominio del deber, el cual únicamente puede tener el sujeto que ostenta la calidad especial. De igual solución se plantea el caso de instrumento que actúa sin elemento especial de autoría; y debe tenerse en cuenta que, esa parece ser la solución a la que arriba la figura legal, cuando exige para imputar el hecho al autor mediato, que las calidades especiales o las circunstancias de carácter subjetivo concurren en el mismo, sin que le correspondan al *extraneus*; porque precisamente en el inciso segundo del artículo 34 se requiere: “Si la ley requiere ciertas calidades personales o que se haya obrado en determinado circunstancia de carácter subjetivo, será necesario y suficiente que dichas calidades o circunstancias concurren en el autor mediato”. La otra forma reconocida como de autoría mediata es la de dominio de aparatos organizados, en los cuales la instrumentalización radica en el dominio del aparato de poder.

61. BRUERA Matilde “Autoría y Dominio de la Voluntad a través de los Aparatos Organizados de Poder” en “Nuevas Formulaciones en las Ciencias Penales”. Homenaje a Claus Roxin. Marcos Lerner Editora. Córdoba. Argentina. 2001 p 260 a 261.

62. Ciertamente este aspecto se encuentra en la actualidad ampliamente debatido como lo presenta en panorama FERNÁNDEZ IBÁÑEZ Eva “La autoría mediata en aparatos organizados de poder”. Op cit. pp. 122 a 146.

63. Sobre ello indicando que se trata de un caso de coautoría VELÁSQUEZ V. Fernando “Derecho Penal”. Parte General”. Tercera Edición. Temis. Santa Fe de Bogotá. Colombia. 1997 p 118. Más particularmente y crítico Jescheck quien considera: “Con todo, la figura jurídica de la autoría mediata no es de aplicación ilimitada. Por

en un aparato de poder, como autor mediato permite alcanzar las jerarquías de las cuales emanan las órdenes delictivas, mientras que los que realicen trabajos accesorios serán cómplices<sup>64</sup>. Es oportuno aquí considerar los supuestos básicos que se determinan para esta forma de autoría mediata, según las palabras de uno de sus más preclaros elaboradores: “Autor mediato no es sólo el jefe máximo de una organización criminal, sino todo aquel que en el ámbito de la jerarquía transmite la instrucción delictiva con poder de mando autónomo. Puede por lo tanto ser autor incluso cuando él mismo actúa por encargo de una instancia superior, formándose así una cadena completa de autores mediatos. Por el contrario, quien colabora con el que da la orden, por ejemplo realizando un trabajo accesorio, sólo será cómplice. Cuando afirmo que mi tesis es válida para las organizaciones criminales esto no altera para nada que la “criminalidad” se debe referir siempre a un determinado tipo y que puede limitarse incluso a determinadas formas de realización de un tipo concreto”<sup>65</sup>.

2. Y es que para Roxin el aspecto central de la autoría mediata cuando la misma se desarrolla en lo que él denomina aparatos organizados de poder, resulta ser el carácter de la organización, unificado al ejercicio de poder, de ahí que se distinga entre dominio del hecho por acción, por voluntad y por dominio del hecho funcional, ora que la persona pueda ser instrumentalizada, como mediante engaño, coacción o en una estructura de poder mediante el intercambio<sup>66</sup>, a esta última forma le domina dominio por organización cuya caracteres esenciales son la organización<sup>67</sup> y la fungibilidad<sup>68</sup>.

---

eso de pronto, la posibilidad de autoría mediata termina allí donde el instrumento mismo es un autor plenamente responsable, pues la ley penal parte de que en este caso quien actúa directamente debe cargar personalmente con el hecho, como autor, de modo que sólo cabe considerar la intervención del “hombre de atrás” en la forma de participación en el dominio del hecho (coautoría) o como inducción o complicidad”. JESCHECK Hans-Heinrich “Tratado de Derecho Penal. Parte General” Op cit p 605.

64. ROXIN Claus. “Autoría y Dominio del Hecho en Derecho Penal”. Op cit. p 64.

65. ROXIN Claus “Problemas de Autoría y participación en la criminalidad organizada”. Traducción de Enrique Anarte Borrallo. Revista Penal. N° 2. Julio 1998. Editorial Praxis. Barcelona. España. 1998 p 64.

66. De manera expresa se dice: “Intentando apreciar algún orden en la pluralidad de sus manifestaciones tradicionales resultan distintos grupos de casos: el dominio del hecho en virtud de poder volitivo configurador del curso del hecho cabe imaginarlo mediante la utilización de un agente no libre, es decir ejerciendo una considerable presión motivadora sobre el ejecutor; también si el sujeto de detrás se sirve de quien sufre un error, o sea, se encuentra en situación de superioridad intelectual, in concreto con respecto al que obra directamente; así mismo si se da la combinación de elementos de superioridad psíquicos e intelectuales como la que existe en la relación con los menores o enfermos mentales.; además en los casos hasta ahora poco tratados en que el sujeto de detrás, con auxilio de un poder superior de un aparato organizativo que tiene a su disposición, domina el curso del suceso” ROXIN Claus . “Autoría y Dominio del Hecho en Derecho Penal” Op. Cit p 164.

67. Al punto se sostiene: “Contemplando la realidad con más agudeza se pone de manifiesto que este enjuiciamiento distinto se basa en el funcionamiento peculiar del aparato, que en nuestros ejemplos está a disposición del sujeto de detrás. Una organización así despliega una vida independiente de la identidad variable de sus miembros, funciona automáticamente sin que importe la personalidad individual del ejecutor” ROXIN Claus “Autoría y Dominio del Hecho en Derecho Penal” Op. Cit p 270.

68. Sobre ello se ha dicho: “El factor decisivo para fundamentar el dominio de la voluntad en tales casos (que se presenta como la tercera forma de autoría mediata, delimitada claramente con respecto al dominio por coacción y por error) reside, pues, en la fungibilidad del ejecutor ROXIN Claus “Autoría y Dominio del Hecho en Derecho Penal” Op. Cit p 270.

3. Así se desarrolla una especial forma de participar en el delito la cual se centra en la participación por organización, en la misma el dominio del hecho se ejerce mediante la utilización del poder que se deriva de una organización criminal, en tal sentido el aspecto de dominación en este caso es diferente al que se utiliza cuando se engaña o coacciona, en este caso, el fundamento esencial es la estructura de la organización, la cual permite una capacidad de sustitución en el ejecutor, lo cual es el medio de instrumentalización tanto para el dominante como para el ejecutor<sup>69</sup>. La anterior nota distinta es la que permite a Roxin fundar esta forma diferente de la participación criminal —dicho en su sentido más genérico— por la cual se participa en el hecho delictivo, mediante la organización, y para quienes ejercen funciones ordenadoras, se participa mediante el dominio del aparato organizado de poder —lo cual para el profesor emérito de *Múnich*— en grado de autoría mediata, de tal forma que el dominio de la organización es la manera de instrumentalizar a los participantes que son también integrantes del aparato organizado<sup>70</sup>.

4. El aspecto fundamental en este modelo, es el carácter de fungible de los intervinientes que realizan los actos de ejecución, lo cual es derivado de la organización, en tal sentido el dominante no necesariamente debe conocer a los ejecutores, su poder radica en la capacidad de que las órdenes sean ejecutadas, y por ello el carácter distintivo de la fungibilidad es la que da cohesión al modelo propuesto, en el sentido que si uno de los ejecutores no realiza la conducta, otro la realizara, lo cual demuestra que el *dominus* del suceso es precisamente el llamado “hombre de atrás”. Bajo la perspectiva anterior conviene indicar que en el modelo de participación por organización, lo fundamental para la consideración del dominio, no radica en la ejecución del acto, sino en la dirección de la organización, para estos efectos<sup>71</sup>, tal capacidad de intervención en el sentido de dirección es reservada —aunque puede ser compartida— para quien ejerce las funciones de dominador general, y por ello es coherente para quienes sostienen esta forma de participación, que los dominantes actúen como autores mediatos, pues la capacidad de

69. Sobre ese aspecto se argumenta: “Si uno se para a reflexionar, por ejemplo, sobre cómo es posible guiar un suceso llevado a cabo por otro sin intervenir directamente, cabe pensar, a mi juicio únicamente en tres formas: puede forzarse al agente; puede utilizarse como factor causal ciego con respecto a la circunstancia decisiva para la autoría, o el ejecutor tiene que ser, si no está coaccionado ni engañado, cambiable de voluntad. Este tercer grupo de casos, que es el que aquí nos interesa, no falta, pues, ni la libertad ni la responsabilidad del ejecutor directo, que ha de responder como autor culpable y de propia mano. Pero estas circunstancias son irrelevantes para el dominio por parte del sujeto de detrás, porque desde su atalaya el agente no se presenta como persona individual libre, y responsable, sino como figura anónima y sustituible. El ejecutor si bien no puede ser desbancado de su dominio de la acción, sin embargo es al mismo tiempo un engranaje —sustituible en cualquier momento— en la maquinaria del poder y esta doble perspectiva impulsa al sujeto de detrás, junto con él, al centro del acontecer”. ROXIN Claus “Autoría y Dominio del Hecho en Derecho Penal” Op. Cit pp. 270 a 271.

70. Así se sostiene: “Cabe afirmar, pues, en general, que quien es empleado de una maquinaria organizativa en cualquier lugar, de una manera tal que pueda impartir órdenes a subordinados, es autor mediato en virtud del dominio de la voluntad que le corresponde si utiliza sus competencias para que se cometan acciones punibles. Que lo haga por iniciativa o en interés de instancias superiores y a órdenes suyas es irrelevante, pues para su autoría lo único decisivo es la circunstancia de que puede dirigir la parte de la organización que le está subordinada sin tener que dejar a criterio de otros la realización del delito” ROXIN Claus “Autoría y Dominio del Hecho en Derecho Penal” Op. Cit pp. 273 a 274.

71. Sobre ello Ver sobre ello ROXIN Claus “Autoría y Dominio del Hecho en Derecho Penal” Op. Cit pp. 275 a 276.

ordenación supone subordinación de los restantes para la ejecución de los actos decididos<sup>72</sup>, los cuales pueden participar de manera distinta en el delito<sup>73</sup>.

## X. Organización y participación delictiva, aspectos relacionales y diferenciales con la coautoría

1. Uno de los aspectos fundamentales en materia de criminalidad organizada es precisamente la de la participación criminal en estructuras organizadas, los aspectos dogmáticos que se presentan resultan problemáticos, sobre todo la distinción de algunas formas de imputación criminal en organización respecto de los alcances de la coautoría. En tal sentido deben tenerse presente que la coautoría como tal, no puede ser asimilada con las formas de participación organizadas, es decir con grupos organizados, ello equivale a afirmar que la participación de una pluralidad de personas en connivencia para cometer delitos, y con reparto de actividades criminales, no representa la organización criminal como forma de cometer hechos delictivos. A partir de lo anterior debe señalarse que las formas de criminalidad como aparatos de poder organizados son distintas a la figura de la coautoría, aunque integrantes del aparato organizado de poder pueden actuar en determinadas circunstancias bajo los criterios de la coautoría, sin dejar de pertenecer a la estructura criminal organizada. Tal distinción es menester considerarla inclusive de *lege lata* por cuanto la adecuación de una forma de participación en su sentido general —la coautoría— tiene ciertas implicaciones, las que se derivan del artículo 33 del Código Penal respecto de los niveles de imputación en el hecho delictivo y la penalidad dispuesta para quienes son coautores (art. 65 CP), lo cual es diferente de las consecuencias que se determinan a partir de que se integra una forma de participación en el sentido de organización, vale decir de crimen organizado, por cuanto la aplicación de un régimen normativo especial determina una diferencia sustancial entre ambas modalidades de participar en el delito.

2. Debe tenerse en cuenta que a diferencia del concepto de coautoría, en la que es menester que concurren ciertos elementos<sup>74</sup>, la participación en forma de organización, es decir de crimen organizado, requiere el concurso de otros elementos diferenciales, entre ellos es fundamental el sentido de estructura, de ahí que la pluralidad de intervinientes, no se reduce a una simple coparticipación, sino que los mismos actúan mediante la organización estructurada, precisamente por ello en tal forma de participación, los niveles de jerarquía adquieren una dimensión distinta, por lo cual la subordinación, la fungibilidad, son características esenciales y la sepa-

72. En tal sentido resumiendo de manera puntual. AMBOS Kai “Dominio del hecho por dominio de la voluntad en virtud de aparatos organizados de poder” Op. Cit. p 15.

73. Es enfático en ello Roxin cuando afirma: “Naturalmente, no se quiere decir que en los delitos cometidos en el marco de maquinarias de poder organizados no quepa la complicidad” ROXIN Claus “Autoría y Dominio del Hecho en Derecho Penal” Op. Cit p 274.

74. Usualmente concurren los elementos siguientes a) Acuerdo previo; b) Resolución común; c) Reparto de roles entre los participantes; d) Intervención igualitaria sin niveles sustantivos de jerarquía; e) Reparto de funcional de las labores; f) Dominio fragmentario del hecho; g) Unidad de dolo en cuanto al hecho; h) Porte ejecutivo esencial en la fase de realización del delito; i) Imputación recíproca del resultado a los coautores.

ración entre actos de dirección, gestión y actuación en el delito quedan claramente delimitadas en la intervención delictiva, con lo cual los niveles de imputación se vuelven complejos.

Con lo anterior queda caracterizado el actuar mediante una organización criminal, ello supone por una parte la actuación de parte del colectivo en actos propios de dirección, y la de otros elementos en actos de ejecución, de ahí que el carácter de la organización adquiera autonomía respecto de los sujetos individuales que la integran, en ello resulta notorio el carácter de la organización, tal aspecto que es común al actuar colectivo y más particularmente al empresarial, es la nota característica del crimen organizado, la dirección, gestión y administración de las tareas criminales queda definida mediante la organización, con lo cual el programa criminal se encuentra asegurado, independientemente de los sujetos individuales, de ahí la nota distintiva del carácter organizado y su diferencia con la coautoría<sup>75</sup>, a ello habrá de añadirse que tal organización estructural en cuanto se refiere a un tipo de criminalidad como la aquí considerada, incorpora el carácter de fungibilidad, cuestión que es medular para determinar tanto un aparato organizado de poder, como la configuración de una estructura de crimen organizado, al menos en un sentido más propio al carácter de tal tipo de criminalidad<sup>76</sup>.

3. Algunos otros aspectos que se señalan como importantes para la configuración de una organización delictiva que trasciende los niveles de la coautoría son los siguientes: a) El carácter de agrupación tiene un sentido organizativo, y no meramente número, ello diferencia la simple pluralidad delictiva de la pertenencia a una organización; b) La existencia de un centro de poder, una cúpula decisional, en la cual se asumen las decisiones a desarrollar, la integración de este segmento de la organización, se encuentra separado de los ejecutores materiales; c) La organización se estructura de manera jerarquizada, tal organización es vertical y compartimentada, en ello es clave el desconocimiento de las distintas estructuras, con énfasis en las de dirección; d) Disciplina férrea en los distintos niveles de la organización; e) El aspecto medular de la fungibilidad de la mayoría de intervinientes de la estructura, con mayor acento en los niveles intermedios y bajos; f) Profesionalidad en las actividades delictivas que se realizan y uso de mecanismos sofisticados. A los

75. A estos efectos debe quedar claro, que el elemento más relevante del crimen organizado, es precisamente el carácter de organización, sin ello no puede hablarse con propiedad de este tipo de criminalidad, la fungibilidad de los participantes, sobre todo en los niveles de ejecución material, y el carácter jerarquizado y organizado del grupo criminal, son los elementos esenciales que predominan en las estructuras del crimen organizado, con lo cual el mismo ha de diferenciarse de la delincuencia violenta masificada, inclusive de aquella que actúa con algún nivel de organización, por demás está decir que ello también separa el participar en aparatos organizados de la participación en coautoría, por cuanto la nota distintiva de la organización es la de una estructura funcional que en su construcción trasciende a los resultados típicos de hechos criminales, lo fundamental en este tipo de criminalidad es su carácter organizacional, el mismo permite el desarrollo de las actividades criminales que han proyectado por los órganos de dirección del grupo criminal.

76. Sobre el aspecto medular de organización y fungibilidad como aspectos esenciales del crimen organizado y diferenciales de la coautoría CHOCLAN MONTALVO José "Criminalidad organizada". Concepto. Op cit. pp. 243 a 244.

anteriores se han añadido el de transnacionalidad, la apariencia de legalidad de las actividades, el carácter lucrativo o de interés social o político de la organización.

## XI. Imputación penal en organismos empresariales

1. Un primer tópico que debe ser abordado es la vinculación necesaria que surge en este tipo de criminalidad respecto de la responsabilidad de las personas jurídicas, lo cual modernamente se encuentra en una amplia perspectiva de elaboración<sup>77</sup>; lo anterior tampoco es una novedad, desde hace un tiempo se viene sosteniendo la orientación de un Derecho Penal no solo limitado a las conductas individuales sino también al control de las disfunciones sociales —como por ejemplo, delitos ambientales, económicos, responsabilidad por el producto, delitos urbanísticos etcétera— en las cuales las empresas se constituyen como los agentes determinantes de las formas de conductas colectivas que generan peligro o lesividad.. para los bienes jurídicos personales o colectivos.

2. Desde la anterior perspectiva se ha sostenido con insistencia que las reglas usuales de imputación individual con las cuales se ha teorizado en el Derecho Penal son no apropiadas para captar una nueva realidad que trasciende las conductas individuales, y que los elementos que estructuran la imputación individual —conjunción de cognición y voluntad— no resultan aplicables de las nuevas formas de gobierno societario, las cuales están caracterizadas más que por la voluntad individual, por la dispersión de las facultades de decisión, del poder de información y de las actividades ejecutivas u operacionales<sup>78</sup>. A la cuestión de la complejidad de la imputación en ámbitos organizados se ha respondido desde una doble perspectiva, o bien la flexibilización de los criterios de imputación personal<sup>79</sup> o por otra parte reconociéndose que las personas jurídicas son entes capaces de soportar juicios de imputación en atención a sus modelos de organización<sup>80</sup> y por ende e han configurado modelos de responsabilidad penal.

77. Ciertamente en la actualidad un gran sector doctrinal sostiene la necesidad de imputar responsabilidad penal a las personas jurídicas, en este caso a las empresas que sirven para cometer hechos delictivos. Ver ZUGALDIA ESPINAR “Conveniencia política-criminal e imposibilidad dogmática de revisar la fórmula tradicional “*societas delinquere non potes!*” en Cuadernos de Política Criminal Número 11. España. 1980 pp. 70 y SS.

78. Sobre el particular es menester reconocer la complejidad con las cuales operan un sin número de empresas, en las cuales la desfragmentación de todas las actividades de dirección como de ejecución se encuentran diversificadas, dicha realidad es favorecedora de la no responsabilidad individual, a lo cual se añade las prácticas de encubrimiento, distorsión, y lagunas de competencia que encubren las realidades en cuanto a las decisiones que se asumen y quienes las ejecutan, ello determina serios problemas de investigación tanto en el área, fiscalizadora como en la estrictamente penal, y marca lo que en algún momento se ha determinado como la organización de la irresponsabilidad o la selección de las responsabilidades personales en las empresas. RODRÍGUEZ RAMOS Manuel “*Societas delinquere potes!* Nuevos aspectos dogmáticos y procesales de la cuestión” en Cuadernos de Política Criminal. N° 11. España. 1980 p 8.

79. Lo cual es posible únicamente si se reducen los presupuestos de la imputación personal, con lo cual se tendría un nivel de imputación más amplio para la actividad en las empresas, lo anterior tampoco es una novedad teórica, ya en casos emblemáticos se ha optado por estas soluciones, así tanto en el caso conocido como *Holzschutzmittel* (1995) y *Erdal-Lederspray* (1990) se sustentó el principio de “responsabilidad general” y el de la “competencia global de la dirección de la empresa”, ello con la finalidad de permitir la identificación de los responsables invisibilizados por la estructura empresarial, y ello no es otra cuestión que una ampliación de las formulas de imputación personal.

80. Demás está decir que esta última opción es la que poco a poco se ha ido imponiendo, *vervi gratia de lege ferenda* ante las nuevas realidades delictivas en las cuales se ven involucradas las empresas países del sistema continental

## XII. Criterio de imputación en grupos empresariales complejos

1. Conviene abordar el tema de la autoría, en relación específicamente a los problemas que se generan en el entorno del Derecho Penal económico, y en la criminalidad de empresa; lo anterior no es una ociosidad por cuanto el fenómeno de la empresa, en el actual estado de cosas, se encuentra regido en gran manera, por la complejidad de la organización empresarial, básicamente la configuración de sus estructuras —el llamado gobierno corporativo— en cuanto formas de dirección horizontales —en cuanto a la división de funciones y tareas— y formas de dirección verticales — organización según jerarquía— lo cual, genera una problemática en la individualización y atribución de responsabilidades respecto de las personas que ejecutan delitos contra la empresa y desde la empresa; lo cual requiere de nuevas formulaciones en cuanto al régimen de imputación penal<sup>81</sup>.

2. Debe reconocerse que, la determinación de la imputación penal en grado de autoría, a quien de manera real es el dominador de la ejecución del delito, no es una tarea accesible en las modernas estructuras corporativas de las sociedades y de las empresas, ello implica que, la persona que tiene el dominio de la ejecución del hecho, aparece alejada de su perpetración material; y al contrario, la persona que realiza materialmente los actos ejecutivos, es un sujeto fuera del círculo de dominio de decisión y distantes de los que dominan los niveles de alta jerarquía. Es característico en la ejecución de delitos desde los gobiernos corporativos, que los “líderes” o “jerarcas”, son los que tienen el poder de hacer funcionar los niveles de actividad de la empresa, y son los que organizan todo un sistema de órdenes en descenso, que van diluyendo el origen de las mismas, y de los actos que se van ejecutando, conforme las órdenes se van desarrollando<sup>82</sup>, de tal manera que, desde criterios de autoría con una connotación objetivo-formal, la persona que ha tomando la decisión inicial de ejecutar del delito, y lo ha organizado para que se ejecute, permanece por fuera de los criterios de imputación clásicos; mientras que, la persona que realizó los actos ejecutivos, que son los más verificables, y que normalmente son funcionarios de una jerarquía menor o empleados, son los que se determinan como autores de los hechos.

---

han variado las formas del ejercicio del poder punitivo en su configuración penal, introduciendo consecuencias penales para la actividad de empresas que podrían calificarse de especialmente peligrosas, así en Francia y en Finlandia se han establecido reglas de responsabilidad penal general para las personas jurídicas, y a partir de las recomendaciones del Concejo de Europa (Comité de Ministros) del año 1988 se ha configurado una responsabilidad integral en materia de delitos empresariales. En nuestro horizonte cercano, en Guatemala se ha reconocido en el Código Penal la responsabilidad penal de las empresas.

81. Ver YACOBUCCI Guillermo Jorge “Algunos criterios de imputación penal en la empresa” en “El Derecho Penal del siglo XXI. Homenaje al Doctor Manuel Rivacoba y Rivacoba. Ediciones Jurídicas Cuyo. Mendoza. Argentina. 2005 p 547 a 552.

82. Esta es una realidad del funcionamiento de las modernas empresas y que tiene su fundamento en las teorías de la descentralización y la diferenciación funcional de las distintas atribuciones que se desarrollan en el “organigrama empresarial” así es común ahora hacer referencia a figurar como las del *lean management* o del llamado *top quality management* y ello tiene una significación distinta en el marco penal, puesto las funciones directivas de un *management* pueden importar la consideración de un autor vinculado a sus funciones estratégicas y operativas, ello es así por cuanto las grandes y modernas empresas funciona mediante la dirección, y coordinación de diversas actividades con diferentes grados de autonomía.

3. El aparato corporativo funciona eficazmente en las acciones antes relacionadas, para ejecutar delitos, por cuanto la existencia de roles claramente definido y subordinados, la ubicación de personas en los distintos cargos de la jerarquía, permiten que las ordenes de los niveles ejecutivos, se cumplan con precisión, por los subordinados, de una manera mecanizada, que garantiza el traslado de ejecución, y el desvanecimiento de las responsabilidades, al transitar las órdenes, desde diversos niveles<sup>83</sup>. Como se dijo anteriormente en las formas de imputación empresarial una de sus vertientes ha sido la de flexibilizar los criterios de imputación y sobre ello habrá de reconocerse diferentes formas de configuración, una de ellas parte de la novedad de invertir la forma de imputación —modelo de inversión— por el cual la determinación de la imputación ha de formularse desde las estructuras superiores hacia las inferiores, es decir, primero debe examinarse la imputación respecto de los organismos de dirección —los superiores— y sólo después de ella, la de los miembros inferiores, por cuanto, no siempre las personas que integran las unidades de nivel medio o de ejecución son responsables de las conductas que realizaron sea de desarrollo o de ejecución<sup>84</sup> ello tiene particular relevancia cuando se trata de las llamadas “conductas neutrales” mediante las cuales no es posible formular una imputación de responsabilidad debido a la verdadera ausencia de un conocimiento preciso sobre las ulteriores consecuencias lesivas de las conductas que se desarrollan las personas con roles de cumplimientos de actividades.

4. El acogimiento de la teoría de la inversión se encuentra además respaldado por la forma de división de las labores en las empresas, es decir por la aplicación del principio de división de funciones y trabajos, ciertamente en el ámbito societario es común la división de tareas, ora que se trate de la división horizontal del trabajo, en la cual cada quien mantiene el desarrollo de labores de manera marcadamente autónoma, con la aplicación de ciertas actividades de corrección —aspecto en el cual se aplica con menor intensidad las reglas del principio de confianza— en un ámbito de colaboración. Si se trata de la fórmula de la división vertical, se denotan ámbitos más jerarquizados, vinculados a la delegación de actividades, pero en este caso, como se requiere un conocimiento especial graduable atendiendo a la esfera en la cual se desarrolle la propia actividad de competencia, el subordinado podría en razón de

83. Ante la complejidad del ámbito corporativo de las empresas se ha implementado la doctrina del “levantamiento del velo —de curio norteamericano— por la cual la actividad de investigación no quede limitada por la estructura jurídica formal de las empresas y por lo tanto las investigaciones se dirigen a los que realizan actividades materiales de poder, de ahí que las fórmulas de revelación permiten indagar a los que de manera encubierta tienen las direcciones de la empresa, así como a los verdaderos titulares de los recursos que se invierten en las empresas, es decir permite develar las empresas pantallas y a los verdaderos decisores, por ello es que ha tenido éxito la fórmula de contención sobre los directores o administradores de hecho, los cuales ejercen su poder en el ámbito del dominio social —desde la realidad — más que en el formal, vinculado a la estructura jurídica de las sociedades.

84. Respecto de ello ha de precisarse que el criterio tradicional ha sido el de la determinación de las responsabilidades de arriba hacia abajo, lo cual significa que se parte del sujeto que realiza la conducta típica material o la más próxima, y establecida la imputación del hecho, se examina el esquema estructurado y en su caso jerarquizado de la empresa hasta determinar la responsabilidad de los que ejercen las actividades de dirección. Precisamente sobre las formas de dominio vertical en las organizaciones ver TIEDEMANN Klaus “Manual de Derecho Penal Económico”. Op cit p 175 y SS.

dichos conocimientos y competencias, advertir la infracciones que se dimanen de las instrucciones de los superiores<sup>85</sup>

### XIII. Manifestación de las formas de imputación criminal en sede empresarial como formas de crimen organizado

1. Ante el panorama anterior, la dogmática penal ha reformulado las formas de imputación, para adaptarlas al actual fenómeno de la criminalidad en el ámbito económico, y dentro de esos nuevos enfoques ha descollado la teoría del dominio del hecho por dominio de aparatos organizados de poder<sup>86</sup>. Pero a lo anterior, debe vincularse necesariamente, la forma en la cual la empresa, es utilizada para cometer delitos, así se ha señalado que en algunos casos, las organizaciones empresariales, son verdaderas organizaciones criminales, es decir se trata de empresas creadas con la finalidad de delinquir; en otros casos, las empresas son utilizadas por organizaciones criminales, que se incuban en sus órganos de dirección y las utilizan para cometer delitos; también hay casos en los cuales la empresa no tiene per se una finalidad criminal y la misma se utiliza eventualmente para cometer delitos.

2. La forma de vinculación de la empresa a las actividades criminales, tendrá repercusión en los ámbitos de imputación que se formulen a los intervinientes, ello significa que deben ser considerados, los ámbitos de responsabilidad de los decisores como de los ejecutores. Téngase en cuenta respecto de lo anterior que, la autoría por dominio de un aparato organizado de poder —en estos casos empresariales— hacen necesario que la conducta típica, sea ejecutada por sujetos que tienen una calidad completamente fungible, y por ello fácilmente sustituible en la actividad que desarrollan, es decir, se trata de meros instrumentos, de quienes ejercen la tomas de decisiones y ordenan su cumplimiento, *ergo* los estadios de mayor jerarquía de los gobiernos corporativos.

3. De ahí que la manifestación del dominio del órgano de poder, puede asumir distintas formas, como claramente lo señala la doctrina<sup>87</sup> y tal actividad del ejercicio

85. Visto el anterior esquema de distribución de responsabilidades resulta plausible sostener que mediante las fórmulas de división del trabajo, sea horizontal o vertical, el acento en el dominio funcional respecto del hecho delictivos se corresponderá únicamente respecto de quienes conforme a sus atribuciones impartan las órdenes o instrucciones y no en atención a quienes desarrollan o ejecutan las mismas, desconociendo que su actuación es en todo caso, parte de un plan global de carácter delictivo, sólo si el conocimiento de su actividad en la esfera de su competencia es relevante la persona estaría vinculada a la imputación penal de las actuaciones conjuntas. La cuestión anterior en todo caso ha sido ya tratada aunque de manera distinta por ejemplo en su momento, se desarrolló un criterio de flexibilización, pero tendientes a determinar los criterios de imputación respecto de las decisiones asumidas por organismos colegiados, así la llamada teoría del delito colegial (*Rende*) o la de asociación criminal (*Antolisei*).

86. ROXIN Claus “Voluntad de dominio de la acción mediante aparatos de poder organizados” en Doctrina Penal. N°31. Ario VIII. De palma. Buenos Aires. Argentina. 1985 p.399.

87. “Roxin distingue tres formas de dominio del hecho: (dominio del hecho por acción, por voluntad, y dominio del hecho funcional), pudiendo darse el dominio por voluntad —que es el que adquiere en este contexto— en tres modalidades se puede coaccionar a quien actúa, se lo puede usar respecto de las circunstancias decisiva para la autoría como factor causal ciego o, si el sujeto que actúa no es ni coaccionado ni engañado, a de tratarse de un sujeto que pueda intercambiarse libremente. De modo muy sintético se alude así al dominio de voluntad por coacción, por error, o “en virtud de aparatos organizados de poder” esta última modalidad del dominio por

del poder puede ser en diferentes tipos de organización, inclusive las empresariales. Algunos de los problemas más sustanciales, que se presentan en el ámbito de la criminalidad económica, respecto de las formas de intervención en los delitos de esa especie, atañen a las cuestiones de sí, la autoría mediata, puede ser aplicada a todas las formas de intervención delictivas en las empresas; la cuestión fundamental, se responde, en el sentido de, si en materia empresarial, es siempre posible, imputar la ejecución de los hechos mediante la forma de dominio por organización de un aparato de poder<sup>88</sup>; para esclarecer de lo anterior, es menester que se aborde la cuestión siguiente.

4. En el caso de que la empresa, no tenga una finalidad criminal desde el momento de su constitución —empresa de fachada criminal— parece correcto que no pueda sostenerse el criterio de dominio de los hechos por organización, en tal sentido, si la empresa no tiene un fin criminal integral, sino que únicamente el delito es aleatorio, como fenómeno de política de mercado, sin que por ello, se desnaturalice la finalidad empresarial, que sigue siendo legítima en su giro<sup>89</sup>, en tal caso, la circunstancialidad del delito desde la empresa, no permite en su generalidad, afirmar una organización criminal en el sentido dogmático de que se trate de una organización mafiosa de tipo empresarial. Por ello, al no concurrir los presupuestos materiales, del dominio mediante organización, y en tal caso, se tratará usualmente de empresas con distribución funcional y no centralizadas, faltaran

---

voluntad, que Roxin también denomina “dominio por organización”, consiste en su opinión “en el modo de funcionamiento específico del aparato (...) que está a disposición del hombre de atrás”. De acuerdo con este punto de vista ese aparato funciona, sin que sea decisiva la persona individual de quien ejecuta, de modo prácticamente “automático”. Partiendo del hecho de que los ejecutores son intercambiables (fungibilidad), no siendo siquiera necesario que el hombre de atrás los conozca, éste puede confiar en que se cumplirán sus instrucciones pues aunque uno de los ejecutores no cumpla con su cometido, otro ocupará su lugar, de modo que éste mediante su negativa a cumplir la orden no puede impedir el hecho sino tan sólo sustraer su contribución al mismo. Por consiguiente los ejecutores tan sólo son “ruedas” intercambiables “en el engranaje del aparato de poder” de modo que la figura central en el suceso— a pesar de la pérdida de cercanía con el hecho— es el hombre de atrás en virtud de su “medida de dominio de organización”. Para afirmar la concurrencia del dominio del hecho, no es decisiva la acción del ejecutor, sino la únicamente el hecho de que “pueda dirigir la parte de la organización que se encuentra a sus órdenes, sin tener necesidad de hacer depender la realización del delito de otros”. De acuerdo con lo anterior desde este punto de vista puede entrar en consideración como autor mediato cualquiera que esté incardinado en un aparato de organización de tal modo que “pueda dar órdenes a personas subordinadas a él” y haga uso de esa facultad “para la realización de acciones punibles. Ver AMBOS Kai “Dominio del hecho por dominio de la voluntad en virtud de aparatos organizados de poder”. Op cit. pp. 14 a 15.

88. Esta cuestión es uno de los aspectos complejos que caracterizan a la llamada “criminalidad de empresa”, precisamente la forma de participación en los delitos y la forma en la cual ha de imputarse la responsabilidad es una de las cuestiones de mayor relevancia a tal efecto se ha dicho: “Con este panorama tan complejo de sujetos y cursos causales el problema de la distribución de responsabilidades penales entre una pluralidad de sujetos intervinientes que suelen actuar a través del complejo mundo de las sociedades mercantiles adquiere complicaciones. Se habla de “participación compleja”, “imputación plurisubjetiva”, “injusto de un sistema”, “aparatos organizados” para denotar un fenómeno moderno de la nueva criminalidad cual es la realización de los delitos al interior de organizaciones, con personería jurídica o no, pero que actúan como un sistema propio. Como puede observarse, se trata de un tema que trasciende a la empresa y convoca en general a los problemas de responsabilidad penal en los diferentes colectivos organizados”. ZURIGA RODRÍGUEZ Laura “Criminalidad de empresa, criminalidad organizada y modelos de imputación penal” en “Criminalidad Organizada y Delincuencia Económica”. Estudios en homenaje al profesor Herney Hoyos Garcés. Ediciones Jurídicas. Gustavo Ibáñez. Bogotá. Colombia. 2002 p 65.

89. Se alude aquí a una interacción entre actividades legales e ilegales de las empresas calificándolas de *upperworld* y *underworld* en cuanto a sus actividades. IGLESIAS RÍOS Miguel Ángel “Criminalidad organizada y delincuencia económica”. Op cit. p 36.

las condiciones necesarias, para imputar el modelo que se ha descrito, ello sería también extensible aún a empresas con modelos lineales, las cuales en sus formas de gobierno, ostentan una cadena de mando jerárquica instruccional, por cuanto, al faltar de manera generalizadas el propósito de que la persona jurídica sea utilizada para cometer delitos, no es posible sostener la fungibilidad de los ejecutores de una manera automatizada, como si sucede en las organizaciones empresariales que tiene como destinación una masificación criminal.

5. Sin embargo, si la empresa aun manteniendo un fin lícito, es de aquellas que en su estructura jerárquica superior, se genera una línea de actividades delictivas mayoritarias, se trata de un asociación criminal, insertada en los niveles de dirección de la empresa, lo cual ya permitiría en alguna medida, reconocer fundamento a la imputación por organización, por lo menos a los niveles corporativos. En estos casos, la comisión de delitos, no es posible imputarla como autor al decisor que no ejecuta la acción descrita en el tipo penal, por cuanto en él, no concurre el dominio funcional del hecho, mediante aparato organizado de poder, en tal caso, el ejecutor que obra con conocimiento y voluntad responde como autor directo y el decisor debe ser considerado un instigador; en el caso que el ejecutor obre sin dolo, mientras el decisor es quien lo utiliza como instrumento, el *management* o más propiamente *manager* — *gerente o administrador* — será un autor mediato.

6. En el caso de las empresas denominadas “mafiosas”, debe considerarse que la asociación ilícita a nivel corporativo, por la cual la empresa es un ente criminal, hace responder a los sujetos del nivel corporativo, como autores que dominan el hecho, mediante la organización de un grupo de poder; inclusive en el caso de que se trata de empresas que *per se* no son criminales, pero que son controladas por cúpulas de organizaciones criminales, en este caso, se recurre al mecanismo de autoría del “hombre de atrás”, cuando el ejecutor directo de los actos comisivos ha obrado dolosamente, aunque el aporte del mismo esté condicionado por el criterio de fungibilidad<sup>90</sup>, es un caso de autoría mediata, aunque también se ha formulado la tesis de una coautoría<sup>91</sup>. Si se trata de una empresa que sea criminal desde su origen, es decir,

90 Sobre lo anterior se ha afirmado lo siguiente: “Esto ocurre frecuentemente en los delitos cometidos mediante el aprovechamiento de estructuras societarias o corporativas: es muy claro que el nivel de reproche y de responsabilidad tendrá su centro de gravedad en las personas que integran los organismos directivos, en cuanto producen la decisión y tiene en todo momento el dominio del hecho, esto es, la disponibilidad sobre la configuración central del acontecimiento el sí y el cómo de la operación. En contraposición a éstas, parece fundada la exoneración de responsabilidad del operario que ejecuta por mandato del dueño del hecho determinadas operaciones materiales fungibles (si él no las hace otro las hará por él) y de escasa relevancia y de aporte a la configuración central del acontecimiento por ejemplo el operario que se limita a abrir las cajas precintadas, donde se guardan kits que los directivos han decidido utilizar, e infracción aduanera para armar autos, como modo de prevenir mediante la producción de éstos el cierre de la empresa, el caso de quien registra materialmente en el ordenador datos con los que se confecciona un balance falso. Aunque uno y otro sepa el alcance de su actividad y de su contribución, éstas son tan mínimas y sustituibles que desaparecen en significación ante la amenaza de la pérdida del empleo”. CHAVES HONTOU Gaston “La inexigibilidad de otra conducta como causa de inculpabilidad” en “Estudios de derecho Penal. Parte Especial del Doctor Dardo Preza Resstucia. Editorial. Ingranussi. Montevideo. Uruguay. 1999 pp. 102 a 103.

91. Al respecto se ha dicho: “Esta tesis encuentra una especial resistencia cuando se trata de analizar los supuestos delictivos en los que intervienen “aparatos organizados de poder” (*organisatorische Machtapparate*). En tales casos

una empresa pantalla, en tal caso, se está ante la llamada criminalidad organizada en sentido estricto, y en tal situación, la imputación de coautoría se corresponde con el dominio de un aparato de poder, en el cual, las cúpulas constituyen a los hombres de atrás.

7. En estos casos, la actividad criminal del ejecutor directo, debe ser considerado bajo el criterio de autodeterminación, ello implica, que debe ser examinada en sede culpabilidad; empero, casi por lo general, cuando se trata de organizaciones mafiosas, los ejecutores materiales, son verdaderos miembros adherentes de la organización, y en tal caso, el criterio de imputación de dominio por organización se encuentra sustentado no en la ausencia de autodeterminación del ejecutor, sino en la fungibilidad del mismo, y en la expectativa que tiene el decisor de que se cumplan las órdenes del plan delictivo, mediante el ejercicio de los roles asignados a los subordinados -aunque como más adelante se dirá, este aspecto admite en la doctrina ciertas matizaciones-.

8. La variante de la criminalidad empresarial, opera cuando uno o más miembros del gobierno corporativo de una empresa que no es mafiosa en su origen, organiza una actividad criminal a nivel gerencial, hacia el interior de la empresa —*vervi gratia* administraciones desleales en perjuicio de los accionistas— o hacia fuera de la empresa —por ejemplo defraudación a inversores o acreedores o legitimación de capitales negros— en estos casos, se trata de una organización criminal a nivel de cúpula, y en tal caso se trata de una organización criminal, por lo cual, el criterio de imputación de responsabilidad por organización de un grupo de poder —mediante el hombre de atrás— se concretiza mediante la autoría mediata, y en tal caso los ejecutores directos, pueden ser objeto de una imputación penal, siempre que sean miembros adherentes<sup>92</sup>.

---

el hombre de atrás dispone de un aparato personal con cuya ayuda puede realizar sus delitos, que no dependen por tanto, de la decisión autónoma del ejecutor o ejecutores. Normalmente, la doctrina alemana alude en estos casos, a organizaciones estatales, como las que generó el nacional-socialismo. Pero nada impide implicar en esta teoría a determinadas organizaciones armadas no estatales y con fines delictivos. Roxin entiende que en estos casos concurre una autoría mediata, por poderse constatar un auténtico “dominio de la voluntad” por parte del sujeto que actúa tras o desde su mesa de despacho; dominio que se ejercería, precisamente, sobre el indeterminado ejecutor de sus órdenes, que, sin embargo, es plenamente responsable. Pero la doctrina dominante —si es que de doctrina dominante puede hablarse en esta materia— prefiere encuadrar estos supuestos entre los de coautoría por entender que, el sujeto que permanece en la “central” es —precisamente por que domina la organización— coautor. Como puede observarse, la tesis mayoritaria implica que se admite la coautoría aunque el sujeto no haya actualizado su función dirigente en la fase de ejecución y, en este sentido, la presente tesis, está en abierta oposición con la anteriormente vista de que el dominio funcional del hecho —y por tanto la coautoría— implica dicha actualización en fase ejecutiva. GÓMEZ BENÍTEZ José Manuel “Estudios Penales”. Editorial Colex. Madrid. España. 2001 p 121.

92 Esta forma específica de criminalidad se ha denominado “asociación ilícita financiera” y sobre la misma se dice: “las de mayor trascendencia son aquellas que se galvanizan alrededor y en el interior de los bancos y reposan sobi-e redes preestablecidas, organización de trabajo, una estructura normativa. La circunstancia de que la asociación nazca lícita (por ejemplo un banco) no desplaza la existencia de una hacia asociación hacia las reglas de la codelincuencia. No importa el origen corporativo e incluso el aprovecharse de “una institución existente, aumenta la gravedad del injusto pues importa frente a la sociedad un mayor grado de deslealtad de abuso de la confianza social”. BAIGIUN David “La asociación ilícita financiera” en Revista de Ciencias Penales N° 2. Carlos Álvarez. Editor. Montevideo. Uruguay. 1996 p 25.

#### XIV. La responsabilidad penal del superior y del subordinado en actividades jerarquizadas cuando se actúa en grupos organizados

1. Este aspecto resulta de inusitada relevancia en la actual teoría de la participación, por cuanto aborda la problemática, de en qué grado de actuación, habrá de predicarse de las conductas del superior, que de manera formal no realiza las conductas delictivas descritas en los tipos penales, empero se trata del hombre que ha organizado todo el acontecer criminal y que en dominio de su posición de jerarquía,<sup>93</sup> ha determinado a otros a realizar conductas delictivas ante las cuales, su persona aparece completamente alejada de los niveles de actuación<sup>94</sup>.

2. Las formas de actuación criminal, usualmente en el actual estado de cosas, se realizan en actividades que se desarrollan al interior de las empresas, como órganos corporativos y por ende jerarquizados. Esta forma de actividad en el delito, tampoco resulta tan novedosa, por cuanto, desde antes de que se impulsara el llamado proyecto alternativo alemán desde bases político-criminales, esta forma de autoría mediata, era abordada por Roxin en el sentido de formas de participación en aparatos organizados de poder, y en tal sentido se proponía ya que las personas que ejercían los niveles de máxima decisión fueran considerados autores mediatos<sup>95</sup>.

3. Lo fundamental de tal consideración radica en el hecho de que, quien es considerado autor mediato, el llamado “hombre de atrás”, no realiza por sí mismo, la conducta prevista por el núcleo del tipo penal, y lo que sucede es que éste utiliza a las personas como instrumentos para realizar su actividad criminal, pero desde aquella época, tal construcción requería que quien era instrumentalizado, no obraba de manera responsable, por cuanto había un vicio en la voluntad del instrumento—error o coacción— que determinaba el actuar del mismo. De ahí que, cuando se propone la autoría mediata en aparatos organizados de poder, ello significó admitir que, la autoría mediata se manifestaba a pesar de que el instrumento era plenamente responsable, además que conocía y quería el resultado criminal, por lo que significó, el advenimiento de la teoría del autor detrás del autor, es decir un autor material detrás del ejecutor de la conducta típica<sup>96</sup>.

93. DONNA Edgardo Alberto “El concepto de autor” Dogmática y Ley Penal. Libro Homenaje a Enrique Bacigalupo. Tomo I. Marcial Pons. Madrid. España. 2004 p 196.

94. Las respuestas de la doctrina respecto de estas formas de intervención en el delito no parecen completamente satisfactorias, por cuanto tradicionalmente se ha recurrido a la inducción o a las formas de cooperación criminal, pero ello supone penar como autor a quien es subordinado, y tener al superior que es quien domina las relaciones de jerarquía como un sujeto meramente accesorio en la relación criminal, lo cual no se compadece con una relación material del dominio de los eventos y presenta problemas en las formas de imputación como cuando se trata de las llamadas inducciones en cascada, en los cuales un sujeto, induce a otro, y este a otro, y así sucesivamente en los rangos de jerarquía, hasta que se llega al ejecutor material; siendo que la instigación por mandato legal debe ser directa.

95. DONNA Edgardo Alberto “El concepto de autoría y la teoría de los aparatos organizados de poder de Roxin” en Nuevas Formulaciones de las Ciencias Penales”. Homenaje a Claus Roxin. Marco Lerner Editora. Córdoba. Argentina. 2001 p308 a 310.

96. ROXIN Claus. “Autoría y Dominio del Hecho en Derecho Penal”. Op. cit. p 271.

4. Para que lo anterior se pudiera concretar en la forma de imputación mediata por organización era necesario que: a) los ejecutores de la conducta típica deberían estar gobernados —como ya se ha indicado— por el criterio de la fungibilidad<sup>97</sup>, lo cual indica la sustitución inmediata de los mismos en la organización, sin que ello dificulte el dominio que ejerce el superior; b) que la autoría en organización requiere de entes jerarquizados, desde un nivel cupular hasta la base de los subordinados.

5. Una de las manifestaciones más concretas de estas formas de organización de la participación criminal, es aquella en las cuales, las personas que ocupan niveles de jerarquía superiores, organizan para su ejecución las actividades criminales, mismas que serán encomendadas en cuanto a su ejecución al personal dependiente<sup>98</sup>, y estos aspectos pueden presentarse con mucha frecuencia en los actos de legitimación de capitales, en los cuales, los miembros de grupos de control, pueden dar instrucciones y órdenes a los subordinados para que ejecuten una conducta propiciadora de un acto de lavado de dinero. Sobre esa problemática los criterios clásicos de imputación, en materia de autoría y participación, tendrían que admitir que mientras los miembros del gobierno corporativo no son autores, y por ende sólo son accesorios, los autores del hecho serían las personas del más bajo nivel, aunque en verdad, no han sido las que han tomado las decisiones.

6. Como lo anterior no es satisfactorio, se ha entendido que la autoría mediata, cuando se trata de organizaciones jerarquizadas debe operar de otra manera, en el sentido que, quien responde como autor es verdaderamente el que tiene el poder de asumir y ordenar la realización de los actos de ejecución<sup>99</sup>, mientras que los subordinados que se encuentran en un rango diferente, son aunque ejecutores materiales de la conductas, personas que sólo cooperan con el autor principal, que por el nivel de mando que ejerce únicamente ordena la realización de la conducta, dejando que sus subalterno ejecuten las conductas delictivas. Lo característico de estas actuaciones, es que las relaciones de poder construyen la ejecución y puesta en marcha de un plan criminal, están dadas a los superiores en virtud del nivel organizativo de la propia empresa, el cual es necesario, para que ésta pueda realizar su actividad de realización normal, la cual es aprovechado, para que se desarrollen las conductas delictivas, precisamente esta actividad del ejercicio de mando, es lo que determina la actuación de una autoría mediata, por cuanto el *management* en cualquier momento en el cual se desarrolla la actividad por él ordenada, puede suspender su ejecución, y en tal sentido el dominio sobre el evento no sólo es compartido con los subordinados, sino que además, el mismo se ve confirmado por el rango de jerarquía que es propio de una persona que constituye un órgano de dirección dentro de la jerarquía empresarial<sup>100</sup>.

97. ROXIN Claus. "Autoría y Dominio del Hecho en Derecho Penal". Op. cit. p 270.

98. ROXIN Claus. "Autoría y Dominio del Hecho en Derecho Penal" Op. cit. p 273.

99. ROXIN Claus. "Autoría y Dominio del Hecho en Derecho Penal" Op cit. p 276.

100. En tal sentido GARCÍA CAVERO Percy "La imputación jurídico penal en el seno de la empresa" en El Funcionalismo en Derecho Penal. Libro Homenaje al Profesor Günther Jakobs. Tomo II. Universidad Externado de Colombia. Bogotá. Colombia. 2003 p 340.

7. El otro aspecto relevante, es que si se tiene establecido que el superior incurre en responsabilidad penal, mediante una forma de autoría mediata por organización, que habrá de decirse respecto de aquellos, que actuando como subordinados han ejecutado las conductas delictivas que han ordenado los directivos, administradores o gerentes de la empresa. Se ha propuesto desde la doctrina para solucionar este problema, el criterio de la incumbencia<sup>101</sup>, el cual implica en ciertos casos, que cuando una persona contribuye causalmente a la realización de un resultado, pero si dicho aporte consiste en la ejecución de un rol que usualmente la persona desarrolla en su actividad profesional organizada por la decisión de otros —por contrato o relación laboral— en tal caso, tales actuaciones no constituyen un riesgo jurídicamente desaprobados, y en tal sentido el aspecto subjetivo de actuación del sujeto carece de relevancia por cuanto objetivamente y en su calidad de subordinado su actuación no tiene relevancia para poder imputarle objetivamente el resultado, bajo este criterio, los subordinados no responden penalmente y sólo responden los superiores—salvo que se trate de miembros sustancialmente adherentes— ahora bien, político-criminalmente lo anterior tiene sus efectos en el marco del proceso penal y de la prueba por cuanto, el subordinado al no tener la carga de la imputación penal, se convierte en un sujeto con capacidad de testificar sin necesidad de recurrir al menos en principio al criterio de oportunidad.

## XV. Delegación de funciones e imputación penal

1. Por último debe examinarse la cuestión de las relaciones de imputación en entes jerarquizados, cuando concurre una relación de verticalidad estricta, y en tal sentido nos ubicamos en el campo de la delegación de funciones, por cuanto, en los ámbitos de las actuaciones empresariales, es imposible que los que realizan los actos de dirección y mando, puedan llevar por si solos, la ejecución de todos los actos que deben realizarse para el desarrollo normal, las relaciones. Pero lo anterior tampoco es tan sencillo, por cuanto, la delegación de funciones, cuando se encuentra permitida, genera la transformación del delegado en una persona con capacidad decisora, que de acuerdo a la complejidad del ente corporativo, podrá traer nuevas formas de delegación, por lo cual, el superior de mayor jerarquía, en virtud de la reiteración de delegaciones se distanciará del dominio decisivo de la ejecución del evento, en todo caso debe tenerse presente los alcances de los deberes de vigilancia <sup>102</sup>.

101. JAKOBS Günther "Derecho Penal". Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación. Segunda edición corregida. Traducción de Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo. Marcial Pons. Madrid. España. 1997 p 267.

102. Sobre el punto en particular debe considerarse que usualmente los organismos directivos delegan en los subordinados facultades no sólo de gestión sino que también de control, y ello es habitual en el marco de las actividades empresariales; lo que si debe de tenerse claro es que tal delegación importa una transmisión de la posición de garantía específica —y del cumplimiento de ciertos deberes— la cual se ha entendido alcanza al menos los deberes básicos de control, por ello cuando la delegación es posible —y por ende está adecuadamente realizada— otorga al subordinado un poder autónomo en el ámbito de su competencia, por el cual éste adquirirá responsabilidad y le serán imputables los actos realizados en la actividad delegada, a menos que se demuestre que el delegante conocía previamente del peligro causado por el subordinado, con anterioridad a la ejecución de la conducta delictiva; en tal sentido el cumplimiento de deberes por parte del delegado mediante la cesión

2. Para los fines anteriores, debe indicarse que la delegación de funciones, tiene relevancia en el marco de la formas de imputación, por cuanto, el delegado al asumir las funciones de dirección, cedidas por el decisor original, adquiere responsabilidades en virtud de su nueva función de decisor con jerarquía delegada; lo cual implica que en estos casos, el delegado de una función decisora, se encuentra obligado a controlar los riesgos que se deriven de la actividad delegada, y se obliga a la supervisión, si tal actividad entraña una nueva forma de delegación, para que la misma sea efectivamente objeto de ejecución; sólo debe indicarse que, la delegación que se haga por una persona encargada de la dirección, debe ser válida desde un aspecto normativo —no necesariamente originario de la ley— y en todo caso quien delega mantiene deberes residuales de vigilancia y supervisión<sup>103</sup>. Así, se tiene que la delegación, no resulta legítima cuando, atendiendo a la naturaleza del acto delegado, la actividad está confiada personalmente al superior, en tal sentido, no pueden concurrir delegaciones *contra-legeem*, y este es un criterio fundamental sobre todo desde la regulación de materia empresarial, en las cuales hay actividades específicamente reservadas a los órganos de dirección, en este caso, prevalece la reserva normativa y por ende deben mantenerse los aspectos de no delegación de la posición de garante, es decir evitarse su abuso<sup>104</sup>.

3. Solo cuando no medie esta reserva y el acto no sea considerado personalismo en su ejecución la delegación será válida. En el mismo sentido opera las reglas contractuales, por cuanto, si por expresa disposición de los contratantes se reservó la dirección al superior, en razón de las necesidades personales de dirección, esta actividad no puede ser delegada. Se requiere además que en los ámbitos de la delegación, esta actividad de sustitución sea realizada de manera concreta y especial, con especificidad en las actividades que se delegan, lo cual es importante cuando, se trata de delegación de competencias, por cuanto, la precisión en las actividades delegadas, permitirá a posterior, controlar los niveles de imputación entre delegante original y delegado, ello debe intensificarse, cuando concurren cadenas de delegaciones; también es oportuno indicar que, no se requiere formalidades preconstituidas para la delegación, basta con que ésta haya ocurrido efectivamente.

4. Además el delegado debe ser una persona idónea, en el sentido técnico de la delegación, es decir competente, para desarrollar satisfactoriamente la función delegada; y por último, quien delega, debe transmitir el dominio necesario, para que el delegante pueda realizar efectivamente los actos que son propios de las funciones

---

de la posición de garante se reafirma. Ver TIEDAMMAN Klaus “Manual de Derecho Penal Económico” Op cit. p 181 a 182.

103. GARCÍA CAVERO Percy “La imputación jurídico penal en el seno de la empresa” Op. cit. p 345.

104. Precisamente por ello debe tenerse en cuenta lo previsto en el *Corpus iuris* europeo que en lo atinente a esta materia prescribe: “La delegación de las facultades sólo libera de responsabilidad jurídico-penal si la delegación es exacta, especial y limitada, se corresponde con las necesidades de la organización de la empresa y coloca a los delegados de hecho en una situación de ejercer las funciones transferidas. La delegación no excluye la responsabilidad general por la selección, supervisión y control del personal y carece de validez en lo que se refiere a las tareas propias de dirección de la empresa, en especial, de la organización general de las relaciones laborales de la empresa”.

delegadas- Si se cumplen todos estos requisitos, el sujeto que tenía las labores de dirección, queda revelado de responsabilidad penal, hasta el límite de una prudente supervisión de las actuaciones del delegante cuando la misma es necesaria<sup>105</sup>.

5. Otros aspectos relevantes se vinculan al cumplimiento de órdenes o directrices por parte de los ejecutores en el marco de actividades empresariales y en tal sentido se examinan la cuestión de la autoría mediata de la manera siguiente: a) cuando se encuentra referido a las decisiones por las cuales en entes organizados se determina la realización de un hecho delictivo, y la ejecución del mismo es encargada al subordinado, el cual careciendo de información completa, desconoce el hecho que realiza, es decir ejecuta la conducta delictiva sin conocer realmente que es instrumentalizado en el marco general de actividades de la empresa, en tal caso, se ha entendido que los que acordaron el hecho actúan como autores mediatos y que al instrumento no es posible imputarle responsabilidad penal; b) el aspecto crítico es vinculado cuando el subordinado actúa en el cumplimiento de las órdenes o directrices con pleno conocimiento de que realiza un hecho delictivo, y con lo cual la formulación clásica de la autoría mediata, en cuanto dominio de la voluntad, presenta problemas, por ello se recurre nuevamente al criterio del autor tras el autor, es decir al del dominio de la organización, generando una extensión de esta formulación de la autoría mediata a las organizaciones empresariales<sup>106</sup>.

6. Ahora bien debe de tenerse en cuenta que en este tipo de entes complejos — empresas— los criterios del dominio por organización resultan más atenuados que cuando se refieren a organizaciones de poder estatal o paraestatal, por cuanto el criterio de jerarquía es más difuso en este caso, pues el mismo se expresa en relación a la división del trabajo tanto en su sentido vertical como horizontal, si debe indicarse que el criterio de fungibilidad tiene aplicación, lo cual no impide reconocer, que el subordinado mantiene más indemne su grado de autonomía, la cual no puede ser valorada en el mismo sentido que en aparatos organizados de poder como los *supra* citados<sup>107</sup>.

105. Es por ello que cuando la delegación ha sido correctamente realizada, es decir se han observado rigurosamente todos los presupuestos —cuando es una delegación específica, especial, limitada, está permitida por las directrices de la empresa en el marco de la organización, y se han traspasado a los delegados las funciones necesarias para su actuación, y no media reserva necesaria de control— el delegante no responderá por las actuaciones del delegado, por cuanto en este particular caso no concurren deberes de supervisión, empero, los órganos de dirección si han de responder de su actuar imprudente en la elección, es decir si se demuestra que se faltó al deber de cuidado en relación a selección del delegado respecto de sus idoneidades y capacidades para el acto a delegar se trata aquí de una *culpa in eligendo* que permite imputar por la conducta de selección un responsabilidad por imprudencia.

106. Tal forma de imputar responsabilidades ha sido asumida por un sector de la doctrina y también es un criterio aplicado por la jurisdicción penal. En tal sentido ver: BOTTKE Jurgen “Criminalidad económica y derecho criminal económico en la República Federal de Alemania” en Revista Penal. N° 4. Julio Praxis. España. 1999 pp. 25 y siguientes.

107. En tal sentido los problemas de fundamentación en cuanto a la participación que se ha de imputar son similares a los inicialmente tratados, así cuando se acude al criterio de la coautoría ha de tenerse en cuenta que la misma sólo podría sostenerse si no se exigiera la realización de participación en actos de ejecución y aún más si se prescindiese del acuerdo previo, ello ya sería disfuncional para la coautoría aún la funcional, con lo cual lo único que quedaría sería una especie de poder de evitación —similar a los delitos omisivos— por lo que se estaría afirmando una especie de coautoría por dominio negativo, lo cual determina un exceso en la configuración

7. De lo anterior se reafirman las opciones político-criminales sobre estas formas de participación en el delito mediante la utilización de organismos complejos en este caso empresariales, una es la creación o extensión de los supuestos de autoría mediata mediante el dominio de la organización, que en este caso sería la empresarial; por otro la asunción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas como una forma de imputación penal<sup>108</sup>.

Ambas cuestiones, presentan polémicos desarrollos en la doctrina, en las codificaciones penales, y en la jurisprudencia, ciertamente la extensión de la responsabilidad penal, a formas diferentes de imputar los hechos por organización y las configuraciones de responsabilidad penal de las personas jurídicas, son dos formas de plantear la responsabilidad criminal en el derecho penal actual, lo que está por verse, es si ambas, no son cantos de sirena en la ciencia del Derecho Penal.

---

de la misma. En cuanto a entender que se actúa como un instigador por parte de quien tiene la dirección de la empresa los problemas estaría reducidos a cuestiones de no imputación jurídica, por ejemplo la no realización del delegado del acto implicaría una instigación frustrada de suyo no punible; la reserva de entender que quien domina el hecho por su control hegemónico, tiene una responsabilidad accesoria respecto de quien ejecuta la conducta; el problema de la cualificación de requisitos especiales también cobra relevancia, por cuanto en estos casos el extranjero no reúne las cualidades del autor, pero además no opera plenamente la cláusula de transferencia del actuar por otro, por cuanto el subordinado no obstante realizar conducta materiales no puede ser calificado de administrador o director aún ni de hecho.

108. Ciertamente sobre esta aspecto se enmarcan nuevas direcciones de la política criminal en el sentido de estructurar modelos de responsabilidad de las personas jurídicas, en uno de ellos se preconiza la responsabilidad de aquéllas, por ende las consecuencias jurídicas son respuesta a un hecho —o a un injusto— criminal, y el fundamento de la culpabilidad no es de naturaleza ética, sino de carácter normativo social, son ejemplo de ellos, los sistemas de los Estados Unidos de América, Reino Unido, Los Países Bajos y Finlandia; otros modelos siguen más un carácter asegurativo sobre la base de imponer un régimen especial de medidas de seguridad como el desarrollado en Suiza o Suecia. En modelo de responsabilidad se desarrollan dos variantes, por una parte se condiciona la responsabilidad de la persona jurídica a la imputada a la persona física que ostenta el dominio social, mientras que en la dirección de responsabilidad directa la imposición de las sanciones a la persona jurídica no se encuentra condicionada a la de las personas físicas que fungen como representantes de aquella. Sobre esto último ver ZUGALDIA ESPINAL “La responsabilidad criminal de las personas jurídicas en el derecho penal español (requisitos sustantivos y procesales para la imposición de las penas previstas en el artículo 129 del Código penal)” en AA. VV. El nuevo Derecho Penal Español. Estudios penales en Memoria del profesor José Manuel Valle Muñiz. España. 2001 pp. 891 a 892.

**BIBLIOGRAFÍA**

- AMBOS Kai “Dominio del hecho por dominio de la voluntad en virtud de aparatos organizados de poder”. Traducción de Manuel Cancio Meliá. Universidad Externado de Colombia. Primera edición. Bogotá. Colombia. 1998.
- BAIGUN David “La asociación ilícita financiera” en Revista de Ciencias Penales N° 2. Carlos Álvarez. Editor. Montevideo. Uruguay. 1996.
- BORJA JIMÉNEZ Emiliano “Problemas Político-Criminales Actuales de las Sociedades Occidentales”. Parte Especial. Editorial Jurídica Continental. San José. Costa Rica. 2003.
- BOTTKE Jurgen “Criminalidad económica y Derecho Criminal económico en la República Federal de Alemania” en Revista Penal. N° 4. Julio Praxis. España. 1999.
- BRUERA Matilde “Autoría y Dominio de la Voluntad a través de los Aparatos Organizados de Poder” en “Nuevas Formulaciones en las Ciencias Penales”. Homenaje a Claus Roxin. Marcos Lerner Editora. Córdoba. Argentina. 2001.
- CASAS ZAMORA Ciro “Nuevo enfoque para combatir la delincuencia no tradicional” en Una Oportunidad para Reflexionar. XXV Aniversario del Ministerio Público. Poder Judicial. Ministerio Público. San José. Costa Rica. 2000.
- CHAVEZ HONTOU, Gastón. “La inexigibilidad de otra conducta como causa de inculpabilidad” en “Estudios de derecho Penal. Parte Especial del Doctor Dardo Preza Resstucia. Editorial. Ingranussi. Montevideo. Uruguay. 1999.
- CHOCLAN MONTALVO José Antonio “Criminalidad Organizada. Concepto. La asociación ilícita. Problemas de autoría y participación” en La criminalidad organizada. Aspectos sustantivos, procesales y orgánicos. Cuadernos de Derecho Judicial. Consejo General del Poder Judicial. Madrid. España. 2001.
- CHOCLAN MONTALVO José Antonio “La Organización Criminal. Tratamiento penal y procesal”. Dykinson. Madrid. España. 2000.
- DENCKER Friedrich “Criminalidad Organizada y Procedimiento Penal”. Traducción de Laura Elbert y Fabricio Guariglia en Nueva Doctrina Penal. 1998/B. Editores del Puerto. Buenos Aires. Argentina. 1998.



- DONNA Edgardo Alberto “El concepto de autor” Dogmática y Ley Penal. Libro Homenaje a Enrique Bacigalupo. Tomo I. Marcial Pons. Madrid. España. 2004.
- DONNA Edgardo Alberto “El concepto de autoría y la teoría de los aparatos organizados de poder de Roxin” en Nuevas Formulaciones de las Ciencias Penales”. Homenaje a Claus Roxin. Marco Lerner Editora. Córdoba. Argentina. 2001.
- DONNA Edgardo Alberto “La autoría y la participación criminal. Segunda edición ampliada y profundizada. Rubinzal-Culzoni. Buenos Aires. Argentina. 2002.
- FABIÁN CAPARROS Eduardo “El delito de blanqueo de capitales”. Colex. Madrid. España. 1998.
- FERNÁNDEZ IBÁÑEZ Eva “La autoría mediata en aparatos organizados de poder”. Editorial Comares. Granada. España. 2006.
- FOFFANI Luigui “Criminalidad Organizada y Criminalidad Económica: la experiencia italiana. Traducción de María José Pifarré de Moner en “Ciencias Penales Contemporáneas”. Revista de Derecho Penal, Procesal Penal y Criminología. Ario 1. Número 1. 2001. Ediciones Jurídicas Cuyo. Mendoza. Argentina. 2001.
- GARCÍA CAVERO Percy “La imputación jurídico penal en el seno de la empresa” en El Funcionalismo en Derecho Penal. Libro Homenaje al Profesor Günther Jakobs. Tomo II. Universidad Externado de Colombia. Bogotá. Colombia. 2003.
- GARCÍA CAVERO Percy “La imputación jurídico penal en el seno de la empresa” en El Funcionalismo en Derecho Penal. Libro Homenaje al Profesor Günther Jakobs. Tomo II. Universidad Externado de Colombia. Bogotá. Colombia. 2003.
- GÓMEZ BENÍTEZ José Manuel “Estudios Penales”. Editorial Colex. Madrid. España 2001.
- GÓMEZ DE LIAÑO FONSECA-HERRERO Marta “Criminalidad Organizada y Medios Extraordinarios de Investigación”. Colex. Madrid. España. 2004.
- HASSEMER Winfried “Límites del Estado de Derecho para el combate contra la criminalidad organizada”. Traducción de Alfredo Chirino Sánchez. Revista Judicial Justicia de Paz. N° 11. Ario V. Volumen I. Enero-abril-2002. CSJ-AECI. San Salvador. El Salvador. 2002.

- HERRERO HERRERO Carlos “Criminología. Parte General y Parte Especial”. Dykinson. Madrid. España. 1997.
- IGLESIAS RÍOS Miguel Ángel “Criminalidad organizada y delincuencia económica. Aproximación a su incidencia global” en “Criminalidad Organizada y Delincuencia Económica”. Estudios en homenaje al profesor Herney Hoyos Garcés. Ediciones Jurídicas. Gustavo Ibáñez. Bogotá. Colombia. 2002.
- IGLESIAS RÍOS Miguel Ángel “Criminalidad organizada y delincuencia económica. Aproximación a su incidencia global” en El Nuevo Derecho Penal Español. Estudios Pinales en Memoria del Profesor José Manuel Valle Muñiz. Gonzalo Quintero Olivares. Fermín Morales Prats Coordinadores. Aranzadi. Navarra. España. 2001.
- INSOLERA Gaetano “Nociones de criminalidad organizada: Concurso de personas y delitos asociativos” en Nada Personal... Ensayos sobre crimen organizado y sistema de justicia. Virgolini-Slokar. Coordinadores. De Palma. Buenos Aires. Argentina. 2001.
- JOSHI JUBERT Ujala “Sobre el concepto de organización en el delito de tráfico de drogas en la jurisprudencia del Tribunal Supremo Español” en Libro Homenaje a José Rafael Mendoza Troconis. Tomo I. Instituto de Ciencias Penales y Criminológicas. Universidad Central de Venezuela. Caracas. Venezuela. 1998.
- JAKOBS Günther “Derecho Penal”. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación. Segunda edición corregida. Traducción de Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo. Marcial Pons. Madrid. España. 1997.
- JESCHECK Hans-Heinrich “Tratado de Derecho Penal. 4º edición corregida y ampliada. Traducción de José Luis Manzanares Samaniego. Editorial Comares. Granada. España. 1993.
- LLOBET RODRÍGUEZ Javier CHIRINO SÁNCHEZ Alfredo “Principio de oportunidad y persecución de la criminalidad organizada”. Problemas prácticos e ideológicos de un proceso penal eficiente” Ediciones Jurídicas ARETE. San José. Costa Rica. 2000.
- MAZZACUVA Nicola “Criminalidad Organizada y Empresa en “Nada Personal... Ensayos sobre crimen organizado y sistema de justicia”. Virgolini-Slokar. Coordinadores. De Palma. Buenos Aires. Argentina. 2001.
- MEDINA ARIZA J.J. “Una introducción al estudio criminológico del crimen organizado” en Delincuencia Organizada. Aspectos penales, procesales y

- criminológicos. Juan Carlos Ferré Olivé. E Anarte Borraello (eds.) Editorial Universidad de Huelva. España. 1999.
- MIR PUIG Santiago “Derecho Penal”. Parte General. 7ª edición. Editorial B de F. Buenos Aires. Argentina. 2005.
- NIÑO Luis Fernando “Criminalidad Organizada” en Crónicas Iberoamericanas. Revista Penal. Número 2. Julio 1998. Editorial Praxis. Barcelona. España. 1998 p 81.
- ORSI Omar Gabriel “Sistema penal y crimen organizado. Estrategias de aprehensión y criminalización del conflicto”. Editores del Puerto. Buenos Aires. Argentina. 2007.
- PREZA RESTUCCIA Dardo, ADRIASOLA Gabriel, GALAIN Pablo “Delitos Económicos” Editorial B de F. Buenos Aires. Argentina. 2004.
- RAGUÉS I VALLE Ramón “Lavado de activos y negocios standard” en Nuevas Formulaciones en las Ciencias Penales. Homenaje al Profesor Claus Roxin. Lerner. Córdoba. Argentina. 2001.
- RODRÍGUEZ RAMOS Manuel “*Societas delinquere potest* Nuevos aspectos dogmáticos y procesales de la cuestión en Cuadernos de Política Criminal Número 11. España. 1980.
- ROXIN Claus “Autoría y Dominio del Hecho en Derecho Penal”. Traducción de la sexta edición alemana por Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo. Marcial Pons. Madrid. España. 1998.
- ROXIN Claus “Problemas de Autoría y participación en la criminalidad organizada”. Traducción de Enrique Anarte Borrallo. Revista Penal. N° 2. Julio 1998. Editorial Praxis. Barcelona. España. 1998.
- ROXIN Claus “Voluntad de dominio de la acción mediante aparatos de poder organizados” en Doctrina Penal. N° 31. Ario VIII. Depalma. Buenos Aires. Argentina. 1985.
- SERRANO PIEDECASAS FERNÁNDEZ José Ramón “Manual de Teoría Jurídica del Delito”. 1ª edición. Consejo Nacional de la Judicatura, Escuela de Capacitación Judicial. San Salvador. El Salvador. 2003.
- STRANTENWERTH Gunter “Derecho Penal. Parte general”. El hecho punible. 4 Edición reelaborada. Traducción de Manuel Cancio Meliá y Marcelo Sancinetti. Hammurabi. Buenos Aires. Argentina. 2005.

- SUTHERLAND Edwin “El delito de Cuello Blanco”. Editorial Universidad Central de Venezuela. Caracas. 1969.
- TERRADILLOS BASOCO Juan María “Empresa y Derecho Penal”. Primera edición. ADHOC. Buenos Aires. Argentina. 2001.
- TERRADILLOS BASOCO Juan María “Teoría Jurídica del Delito” en Ciencias Penales. Monografías. 1º edición. Consejo Nacional de la Judicatura, Escuela de Capacitación Judicial. San Salvador. El Salvador. 2000.
- TIEDEMANN Klaus “Manual de Derecho Penal Económico. Parte General y Especial. Tirant lo Blanch. Valencia. España. 2010.
- TREJO ESCOBAR Miguel Alberto “Autoría y Participación en Derecho Penal”. Editorial Triple D. San Salvador. El Salvador. 2000.
- VELÁSQUEZ V. Fernando “Derecho Penal”. Parte General”. Tercera Edición. Temis. Santa Fe de Bogotá. Colombia. 1997.
- VIRGOLINI Julio “Los delitos de cuello blanco: Inmunidades y exclusión del derecho en la construcción del problema criminal” en Nueva Doctrina Penal. 2003-B. Editores del Puerto. Buenos Aires. Argentina. 2003.
- VIRGOLINI Julio E. S. “Crimen organizado: Criminología, derecho y política” en Nada Personal... Ensayos sobre crimen organizado y sistema de justicia”. Virgolini-Slokar. Coordinadores. De Palma. Buenos Aires. Argentina. 2001.
- VIRGOLINI Julio E. S. “Crímenes Excelentes”. Delitos de cuello blanco, crimen organizado y corrupción”. Editores del Puerto. Buenos Aires. Argentina. 2004.
- YACOBUCCI Guillermo Jorge “Algunos criterios de imputación penal en la empresa” en “El Derecho Penal del siglo XXI. Homenaje al Doctor Manuel Rivacoba y Rivacoba. Ediciones Jurídicas Cuyo. Mendoza. Argentina. 2005.
- ZAFFARONI Eugenio Raúl “El Crimen Organizado”. Una categoría frustrada. Editorial LEYER. Santafé de Bogotá. Colombia. Segunda edición. Colombia. 1996.
- ZAFFARONI Raúl Eugenio “En torno al concepto de Crimen Organizado” en Nada Personal... Ensayos sobre crimen organizado y sistema de justicia”. Virgolini-Slokar. Coordinadores. De Palma. Buenos Aires. Argentina. 2001.
- ZUGALDIA ESPINAL “La responsabilidad criminal de las personas jurídicas en el derecho penal español (requisitos sustantivos y procesales para la imposición de las penas previstas en el artículo 129 del Código Penal” en AA. VV.



El nuevo Derecho Penal Español. Estudios penales en Memoria del profesor José Manuel Valle Muñiz. España. 2001 pp. 891 a 892.

ZUGALDIA ESPINAR “Conveniencia político-criminal e imposibilidad dogmática de revisar la fórmula tradicional *“societas delinquere non potest”* en Cuadernos de Política Criminal Número 11. España. 1980.

ZUÑIGA RODRÍGUEZ Laura “Criminalidad de empresa, criminalidad organizada y modelos de imputación penal” en “Criminalidad Organizada y Delincuencia Económica”. Estudios en homenaje al profesor Herney Hoyos Garcés. Ediciones Jurídicas. Gustavo Ibáñez. Bogotá. Colombia. 2002.

ZUÑIGA RODRÍGUEZ Laura “Redes Internacionales y Criminalidad: A propósito del modelo de participación en organización criminal” en El Derecho Penal ante la Globalización”. Colex. Madrid. España. 2002.



# PROBLEMAS INTERPRETATIVOS SOBRE LA FORMA DE INTERVENCIÓN DEL OTORGANTE DE UN ACTO NOTARIAL, EN LOS CASOS ESPECIALES DEL DELITO DE ENCUBRIMIENTO, DEL ARTÍCULO 7 LITERAL D) DE LA LEY CONTRA EL LAVADO DE DINERO Y DE ACTIVOS

Wilson Edgardo Sagastume Galán  
*Magistrado de la Cámara 3<sup>o</sup> sección de Occidente.  
Capacitador ECJ.*

## SUMARIO.

Introducción, I. Marco teórico, II. Generalidades sobre las drogas, III. Las drogas. Conceptualización, IV. Las drogas. Clasificación, V. Bien jurídico y drogas, VI. Bien jurídico. VII. Generalidades, bien jurídico. VIII. Conceptualización, bien jurídico tutelado en los delitos de drogas, diferentes criterios, opinión mayoritaria, IX. La salud pública como bien jurídico tutelado, X. El principio de lesividad, desarrollo de la problemática, XI. El delito de posesión y tenencia, generalidades sobre los delitos de peligro, la posesión y tenencia como delito de peligro, XII. Análisis típico de la posesión y tenencia, estudio de la parte objetiva, estudio de la parte subjetiva, consideraciones sobre los incisos 1° y 2° del art. 34 Irard, propuesta de modificación del delito de posesión y tenencia, XIII. Cantidades mínimas de droga y el principio de lesividad, bien jurídico tutelado en la posesión y tenencia, consumo personal de drogas y principio de lesividad, XIV. Posesión y tenencia preordenada al tráfico, XV. Carga de la prueba sobre la predeterminación al tráfico, XVI. Conclusiones, XVII. Recomendaciones.

## INTRODUCCIÓN

El trabajo de investigación que a continuación se va a desarrollar constituye un estudio general de la Ley Contra el Lavado de Dinero y Activos, así como de las figuras delictivas que lo componen y, más específicamente, tiene un énfasis en los casos especiales del delito de encubrimiento, centrandó la atención en la forma en que pueden intervenir como sujetos activos del encubrimiento los otorgantes de un acto notarial.

El fundamento de la investigación en este trabajo básicamente ha sido dogmático; y se ha desarrollado a fin de ser presentado al Consejo Nacional de la Judicatura para su aprobación como requisito de graduación del “Programa de Especialización en Derecho del Mercado Financiero”.

La estructura de este trabajo ha sido diagramada sobre la base del objetivo general de “descubrir y describir las diferentes formas de intervención del otorgante de un acto notarial en los casos especiales del delito de encubrimiento, señalado en el art. 7 literal d) de la Ley Contra el Lavado de Dinero y de Activos; demostrando los problemas prácticos derivados de las interpretaciones que se dan alrededor del sujeto activo del referido delito; proponiendo soluciones jurídicas con viabilidad de aplicación”.

Dentro de los requisitos para la elaboración de este trabajo está el de incluir un apartado de conclusiones y recomendaciones. Sin embargo, por la forma en que se ha desarrollado, desde una perspectiva meramente teórica, es que las conclusiones y las recomendaciones que por regla general se plasman al final de un trabajo, en esta ocasión variarán levemente porque esas exigencias se encuentran dispersas dentro del contenido de este trabajo.

La investigación se hizo dividida en los segmentos que conforman este producto. Por ello tenemos una primera parte dedicada al estudio somero de la Ley Contra el Lavado de Dinero y de Activos, aprovechando este espacio para sentar las bases del estudio de los elementos que son comunes al lavado de dinero y de activos y al encubrimiento especial.

El segundo segmento está dedicado al estudio del delito de lavado de dinero de activos. El análisis es meramente sustantivo aunque no es tan exhaustivo. Se hace una presentación de la problemática actual sobre las posibilidades del autolavado y el autoencubrimiento.

En tercera parte de este trabajo se hace un parangón entre los delitos de lavado de dinero y de activos y el de encubrimiento –tanto el común como el especial–; se presentan también las diferentes teorías que fundamentan la identidad o la



autonomía entre ambos delitos; y, se hace una valoración sobre la viabilidad de cada una de ellas.

En la cuarta división el estudio se centra en el delito común del encubrimiento, haciendo un análisis con las herramientas de la teoría del delito para fundamentar el estudio posterior de la figura calificada del encubrimiento.

Por último, en el quinto segmento, se hace un estudio de los casos especiales del delito de encubrimiento, haciendo hincapié en el literal d) del art. 7 de la Ley Contra el Lavado de Dinero y de Activos, especialmente sobre la calidad de otorgante que debe cumplir el sujeto activo y las implicaciones que su actuación conlleva.

La esperanza es que este trabajo y el esfuerzo realizado, además de los efectos académicos, produzca frutos positivos en los lectores y alimente el interés por llevar a cabo estudios más profundos, con mejor técnica y, por supuesto, con mejores resultados.

## I. Ley Contra el Lavado de Dinero y de Activos

### 1.1. Cuestiones Preliminares

#### 1.1.1. Aclaración inicial

Es menester decir que dentro del contenido de este trabajo se hará mención de dos clases de encubrimiento: uno común y otro especial, por lo que se debe hacer un brevísimo paréntesis inaugural para despejar el asunto. Con la expresión “*encubrimiento común*” debe entenderse el delito clasificado en el art. 308 del Código Penal –*mencionado como CP a lo largo del trabajo*–, que en términos generales consiste en la ayuda encaminada a ocultar o transformar los objetos de un delito común, es decir de los catalogados en el Código Penal; o la ayuda encaminada a la impunidad de quien interviene en su comisión. Con la expresión “*encubrimiento especial*” se hace referencia a los “*casos especiales del delito de encubrimiento*” clasificados en el art. 7 de la Ley Contra el Lavado de Dinero y de Activos –*la que a lo largo de este trabajo será mencionada como LCLDA*–, con los que se pretende sancionar a quienes coadyuvan a ocultar el delito específico de lavado de dinero y de activos, o a lograr la impunidad del que realiza el mencionado lavado.

De igual manera, en este trabajo se hace uso indistinto de las expresiones “*lavado de dinero*”, “*lavado de activos*”, “*blanqueo de capitales*”, etc.; debiendo de entenderse que es una referencia directa al delito de “*lavado de dinero y de activos*” del art. 4 LCLDA.

## 1.2. Bien jurídico

El combate al blanqueo de capitales y su erradicación es una labor y una ambición universal; para tal efecto los distintos Estados, según criterios propios de política criminal, han adecuado su sistema normativo penal para enfrentar satisfactoriamente a este flagelo. Nuestro ordenamiento jurídico es de los pocos que se han decantado por configurar unos tipos penales especiales<sup>109</sup>, a través de la “*Ley Contra el Lavado de Dinero y de Activos*”, cuyo objeto es “... *prevenir, detectar, sancionar y erradicar el delito de lavado de dinero y de activos, así como su encubrimiento*”<sup>110</sup>, para estar en armonía con el “*Convenio Centroamericano para la Prevención y la Represión de los Delitos de Lavado de Dinero y de Activos Relacionados con el Tráfico Ilícito de Drogas y Delitos Conexos*”<sup>111</sup>.

Es indiscutible que el concepto de “*bien jurídico*” es la noria del legisferante y la brújula del intérprete del Derecho. En tal sentido es que ROXIN llega a señalar a la protección de los bienes jurídicos como la misión del Derecho Penal<sup>112</sup>; por eso es que se puede afirmar, que sólo aparece justificado en un Estado de Derecho el recurso de la sanción penal cuando existe un interés digno de tutela que sea fundamental para la ordenación de la vida social<sup>113</sup>. Esa es la razón de ser del “Principio de Lesividad del Bien Jurídico”, prescrito en el art. 3 de nuestro Código Penal.

En relación al bien jurídico que se pretende tutelar con la configuración del delito de lavado de dinero y de activos –*y de su respectivo encubrimiento*–, se han apuntado diversas y variadas propuestas; pues, al parecer, tanto en nuestra ley especial como en la legislación comparada, se advierte que el creador de estos tipos penales no ha querido ser tan específico, al no dejar claramente establecido el interés jurídico que merece ser protegido para la existencia de la convivencia social pacífica. En ese orden de ideas Felipe Renart García afirma que “*la realización de la conducta blanqueadora atenta contra la Administración de justicia -entendida como el interés del Estado en el buen funcionamiento de la misma- la determinación del sujeto pasivo no ofrece dudas, recayendo la titularidad del bien jurídico protegido en el Estado*”<sup>114</sup>. Carlos Aránguez Sánchez, defendiendo una posición distinta pero mayoritaria, establece que es el orden socioeconómico el bien jurídico protegido con el blanqueo de capitales<sup>115</sup>.

109. Así lo vislumbra Carlos Aránguez Sánchez. “El Delito de Blanqueo de Capitales”. Monografías Jurídicas. Editorial Marcial Pons. Nota al pie de página Nº. 4, Pag. 168.

110. Art. 1 de la Ley Contra el Lavado de Dinero y de Activos.

111. Decreto Legislativo Nº 1265, del 30 de octubre de 1997. Diario Oficial Nº 227, Tomo Nº 337 del 4 de diciembre del mismo año.

112. ROXIN, Derecho Penal, Parte, General, Tomo I, Fundamentos. Edit. Civitas, Madrid, 1997. Pág. 70.

113. “BLANQUEO DE CAPITALES”. Martínez Arrieta, Andrés. Magistrado de la Sala II Tribunal Supremo. CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL: La criminalidad organizada. Aspectos sustantivos, procesales y orgánicos. Pág. 5.

114. “EL BLANQUEO DE CAPITALES EN EL DERECHO SUIZO”. Renart García, Felipe. Profesor de Derecho Penal. Universidad Rovira i Virgili de Alicante. CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL. Revista del Poder Judicial Nº 50. Segundo trimestre 1998. Pag. 11.

115. “El Delito de Blanqueo de Capitales”. Carlos Aránguez Sánchez. Monografías Jurídicas. Editorial Marcial Pons. Nota al pie de página Nº. 4, Pag. 180.

Hay quienes se inclinan por expresar que el lavado de dinero y de activos es un delito pluriofensivo. Los autores Nicolás Meca Rodríguez de Rivera y Fernando Vivas Mera<sup>116</sup> explican que el bien jurídico es múltiple, y que *“habría que extenderlo a la seguridad de todo el sistema económico, a la estabilidad, la seguridad y la soberanía del Estado, así como a la credibilidad del sistema financiero”*<sup>117</sup>. Ángel Calderón Cerezo dice *“que nos encontramos ante un delito pluriofensivo que afecta al orden socioeconómico y a la Administración de Justicia, y que su punición está justificada por la lesividad inherente a las conductas tipificadas, así como por razones de política criminal radicadas en la lucha contra la criminalidad organizada”*<sup>118</sup>.

Los conceptos que se han expuesto sirven como parámetro para entender lo delicada que es la operación de determinar, puntualmente, cuál es el bien jurídico que nuestro legislador ha pretendido favorecer con la creación de la Ley Contra el Lavado de Dinero y de Activos; pues de su certero señalamiento dependen la delimitación de los elementos objetivos de la tipicidad del lavado de dinero, como son: los sujetos activo y pasivo, el objeto material, el conocimiento que debe exigirse a los intervinientes; así como los requisitos de los casos especiales del delito de encubrimiento. Aunque, como ya se expuso, nuestro legislador no ha sido diáfano en especificar el bien jurídico que se privilegia con la referida ley especial, cierto es que no hay mayores ambages para concluir y reflexionar que es el *“orden socioeconómico”* el interés jurídico que ha de protegerse con la LCLDA. Y es que así se infiere de la intelección de los Considerandos II y IV de la ley en comento, al leerse en lo pertinente que *“se impone la necesidad de aportar las medidas a fin de que las inversiones nacionales como extranjeras (...) lo sean con fondos que tengan origen lícito”*; y, *“los delincuentes utilizan diversas entidades (...) lo cual puede poner en peligro la solidez y la estabilidad de dichas instituciones –financieras-, así como la credibilidad del sistema financiero en su conjunto, ocasionando o pudiendo ocasionar la pérdida de confianza del público”*.

Lógicamente, el orden socioeconómico no es el único bien jurídico tutelado con la LCLDA; empero, es el principal interés a protegerse; pues, además del delito de lavado de dinero y de activos, en esta ley se tipifica el delito de encubrimiento *–ciertos casos especiales, señalados en el art. 7 LCLDA–*. Dentro de estos casos especiales hay conductas que corresponden a favorecimientos reales o personales, de los cuales *–especialmente los personales–* son verdaderos óbices al interés del Estado en la averiguación de los delitos y el castigo de los culpables, conculcándose de esta manera, y secundariamente, el bien jurídico *“Administración de Justicia”*. Se establece así, muy anticipadamente, una razón que dota de independencia al delito de lavado de dinero y de activos con respecto al de encubrimiento especial.

116. “Curso de metodología de la investigación sobre lavado de dinero e informe patrimoniales”. Nicolás Meca Rodríguez de Rivera y Fernando Vivas Mera. Academia Nacional de Seguridad Pública. Asesoría Técnica de la Unión Europea. Pág. 37.

117. Aunque posteriormente, sin explicación alguna por la modificación, estos mismos autores limitan el bien jurídico al orden socioeconómico.

118. “ANÁLISIS SUSTANTIVO DEL DELITO (I): PREVENCIÓN Y REPRESIÓN DEL BLANQUEO DE CAPITALS”. Calderón Cerezo, Ángel. Magistrado del Tribunal Supremo. CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL. Prevención y represión del blanqueo de capitales. Pág. 4.

### 1.3. El orden socioeconómico y sus implicaciones

El orden socioeconómico es un bien jurídico colectivo, de carácter difuso, cuya conceptualización es relativamente indeterminada; pero enmarcada dentro de lo que se entiende como una leal competencia en el mercado, la que resulta sumamente afectada cuando mediante el insuflado de capitales provenientes de actividades ilícitas se produce una “*ilusión económica*” o un “*espejismo de bonanza*” –de suyo ficticia- que no está respaldada por los factores normales, legales y reales –*ahorro, inversión y trabajo*- que dinamizan la economía de un Estado, provocando un efecto negativo en los indicadores macroeconómicos, distorsionando el sector económico, desestabilizando las finanzas y provocando incertidumbre ante la comunidad internacional. Obviamente, estos factores provenientes del lavado de dinero –*y de algunos casos de encubrimiento, especialmente los de favorecimiento real*- inciden en detrimento del orden socioeconómico de todo Estado.

Aunque nuestro legislador no haya establecido un monto mínimo como objeto material del delito de lavado de dinero y activos, en atención al principio de lesividad del bien jurídico<sup>119</sup>, ha de entenderse que no toda conducta de lavado de dinero es jurídicamente relevante sino solamente aquella que sea idónea para lesionar o hacer peligrar el orden socioeconómico del Estado; si no, sería difícil sostener con argumentos jurídicos “*cómo el reciclaje de mínimas cantidades de dinero puede repercutir sobre el sistema que regula la producción, distribución y el consumo de bienes*”<sup>120</sup>. La bagatela no le interesa al Derecho Penal, debido a que permite también vulnerar el principio de proporcionalidad al castigar con similar marco punitivo al que blanquea cantidades mínimas y al que lo hace con millones de dólares. En similares términos Carlos Aránguez Sánchez expresa “*debemos insistir en que deben excluirse del ámbito de tipicidad aquellas conductas consistentes en el mero disfrute del beneficio ilícito o su simple transformación en bienes de consumo que aprovecha directamente el autor o partícipe (...) pues en tales casos no habrá puesta en peligro del bien jurídico*”<sup>121</sup>. Quintano Olivares, citado por Carlos Aránguez Sánchez, es mucho más expresivo y enérgico al afirmar que “*Aún cuando no lo exija expresamente el tipo, del sentido de la Ley puede desprenderse que ha de tratarse de una cantidad razonablemente grande de bienes*”.

Es evidente que al rechazarse la existencia del delito de lavado de dinero en estos casos, simultáneamente se excluye la posibilidad de un encubrimiento jurídicamente relevante.

119. Art. 3 del Código Penal: “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”.

120. “ANÁLISIS SUSTANTIVO DEL DELITO (I): PREVENCIÓN Y REPRESIÓN DEL BLANQUEO DE CAPITALES”. Calderón Cerezo, Ángel. Magistrado del Tribunal Supremo. CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL. Prevención y represión del blanqueo de capitales. Págs. 4 y 5.

121. “El Delito de Blanqueo de Capitales”. Carlos Aránguez Sánchez. Monografías Jurídicas. Editorial Marcial Pons. Pág. 177.

#### 1.4. La exigencia del “delito previo”

La Ley Contra el Lavado de Dinero y de Activos básicamente alberga dos clases de delitos: el lavado de dinero y de activos<sup>122</sup> y el encubrimiento especial, que en la Ley se le conoce como “*casos especiales del delito de encubrimiento*”<sup>123</sup>. Ambos hechos punibles requieren para su génesis la comisión primigenia e inmediatamente anterior de un “*delito previo*”, conocido también como “*delito base*”, “*delito precedente*” o “*delito subyacente*”. Para el caso del lavado de dinero y de activos el delito previo debe ser cualquier otro delito que produzca objetos susceptibles del blanqueo; y, para el encubrimiento especial el delito previo únicamente puede ser el de lavado de dinero y de activos. El requisito señalado permite calificar a estas infracciones como “*delitos de referencia*”<sup>124</sup>.

Al sujeto activo de los delitos de lavado de dinero y de activos y de encubrimiento especial se le exigen dos requisitos: uno omisivo, en el sentido de que no exista un concierto previo con los intervinientes en el delito precedente –*aunque este requisito ha generado acres discusiones*-; y otro cognoscitivo, porque el sujeto activo debe tener conocimiento de que se ha producido el delito subyacente.

El primer requisito y su problemática serán ulteriormente analizados, al hacer el estudio del sujeto activo del delito de lavado de dinero y de activos; por tanto, se omite adelantar un criterio.

Para el examen del segundo de los aludidos requisitos es importante sentar ciertas bases que permitan establecer: en primer lugar, qué grado de realización del delito precedente se requiere para que pueda generar el nacimiento del delito de lavado de dinero y de activos o del de encubrimiento especial; para, posteriormente, poder concluir cuál es el grado de conocimiento sobre la existencia del delito previo que se le ha de requerir a un individuo para que obtenga la calidad de sujeto activo del “*delito subsecuente*”.

Con el fin de detectar el grado de desarrollo requerido para el delito previo –*que es un requisito objetivo*-, hemos de atender a unos criterios de carácter subjetivo para luego deducir aquel. En ese sentido, se reconoce que la etapa del “*iter criminis*” determinante para el natalicio del delito subsecuente o posterior –*léase lavado de dinero y de activos o encubrimiento especial*- dependerá del momento en que un interviniente en el delito previo pueda ser encausado penalmente como sujeto activo del mismo. De esta manera, y acorde con nuestra legislación, el grado de perpetración del delito previo que se requiere para que pueda dar nacimiento al lavado de dinero y de activos o al encubrimiento *especial* –*según sea el caso*-, será a partir de cuando

122. Artículos 4 y 5 de la LCLDA.

123. Artículo 7 de la LCLDA.

124. “EL BIEN JURIDICO PROTEGIDO EN LA RECEPCION, BLANQUEO DE DINERO Y ENCUBRIMIENTO”. Gómez Pavón, Pilar. Profesora Titular de Derecho Penal CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL: El encubrimiento, la recepción y el blanqueo del dinero. Normativa comunitaria. Pág. 15.

el autor haya dado inicio a los actos de ejecución del delito precedente, si este es de resultado; o, cuando ya se esté haciendo la conducta, si es un delito de mera actividad; pues es a partir de estos momentos en que el autor, su cómplice o su instigador pueden ser encausados por haber realizado las “*actividades delictivas*”<sup>125</sup> –*para que haya blanqueo de capitales*–; o el propio lavado de dinero y de activos –*para que pueda ser encubierto*<sup>126</sup>–.

Lo anterior no significa que anticipadamente el sujeto activo del delito subyacente deba ser declarado culpable, en el sentido de que tenga que existir una sentencia definitiva de carácter condenatoria en su contra para que el sujeto activo del delito subsecuente adquiera la calidad de autor o participe del mismo y pueda ser encausado como tal. Esta aclaración es necesaria porque hay algunos autores, entre ellos Francisco Moreno Carrasco y Luis Rueda García<sup>127</sup>, quienes al hacer el estudio específico del delito de encubrimiento<sup>128</sup> –*tras clasificarlo como un delito de referencia*– se inclinan por afirmar que para la comisión de éste es menester la “*previa existencia de un hecho típico, antijurídico y culpable, definido en el Código Penal o en leyes especiales como delito*”.

El criterio sostenido por los insignes autores Moreno Carrasco y Rueda García se considera erróneo porque se enfrenta a dos serios cuestionamientos, que no logra superar y le restan validez: uno de carácter dogmático y otro de índole probatorio.

El cuestionamiento de carácter dogmático se le hace, porque el criterio de estos autores entra en contradicción con el principio de accesoriadad limitada, el que ha sido adoptado por nuestro Código Penal<sup>129</sup>. Miguel Angel Trejo Escobar afirma que “*Para que exista accesoriadad limitada, la teoría de la participación en lo ilícito exige que la acción sea además de típica también antijurídica*”<sup>130</sup>. Al aplicar este principio a la problemática que ocupa este apartado, significa que el sujeto activo del “*delito de referencia o subsiguiente*” tendrá esa calidad cuando el hecho punible principal que le precede sea antijurídico, independientemente de que su autor o participe sea declarado o no responsable penalmente.

El cuestionamiento de índole probatorio se genera, porque al seguir el criterio sostenido por Moreno Carrasco y Rueda García el ente acusador estaría en la obligación de probar la existencia del delito previo a través de una sentencia definitiva condenatoria. Además de la poca efectividad procesal que conllevaría la satisfacción de este requerimiento probatorio, se caería en el dislate de convertir una condi-

125. Ver los artículos 4 y 5 de la LCLDA.

126. Ver el artículo 7 de la LCLDA.

127. “Código Penal Comentado de El Salvador”. Francisco Moreno Carrasco, Luis Rueda García. Corte Suprema de Justicia. El Salvador, agosto de 1999. Talleres Gráficos UCA. Pág. 764.

128. Artículo 308 del Código Penal.

129. Artículo 37 CP. “La responsabilidad penal de los partícipes, principia desde el momento en que se ha iniciado la ejecución del delito y cada uno responderá en la medida que el hecho cometido por lo menos sea típico y antijurídico”.

130. “Autoría y Participación en Derecho Penal”. Miguel Alberto Trejo Escobar. 1ª Ed. San Salvador, El Salvador . Servicios Editoriales Triple “D”. Pág. 181.

ción de tipicidad en una cuestión prejudicial<sup>131</sup>. Debido a esta problemática resulta importante el aporte de Carlos Aránguez Sánchez, al exponer que “*basta con que se acredite fehacientemente la (...) realización de un hecho típicamente (sic.) antijurídico, pero no es preciso que exista condena por el delito previo, bastando que conste en la causa la realización del delito anterior*”<sup>132</sup>.

Habiéndose sentado estas bases teóricas se puede concluir, que al sujeto activo del “delito subsiguiente” únicamente se le puede exigir que conozca la existencia de un hecho punible previo que es antijurídico; sin embargo, no es preciso que ese conocimiento sea completo o técnico, pero deberá de ser mucho más que una simple sospecha, suposición o conjetura. Como se trata de conocer un elemento normativo del tipo, o sea que existió un ilícito precedente del que se derivan unos bienes que se han de blanquear o encubrir; entonces, basta con un conocimiento genérico pero certero de la naturaleza delictiva del hecho sobre cuyos efectos se actúa. Para ello ha de acudirse el baremo del hombre profano, es decir que será suficiente con que éste sepa sobre las circunstancias del hecho previo y su significación social; por ende, no es imprescindible que el conocimiento abarque hasta la correcta subsunción jurídica del hecho antecedente; ni la fecha de su comisión, ni siquiera se reclama saber el nombre del autor; pues estas exigencias harían imposible la ejecución del “*delito subsecuente*”<sup>133</sup>.

### 1.5. Catálogo de “delitos precedentes” al lavado de dinero y de activos

Los casos especiales del delito de encubrimiento, mencionados en el art. 7 LCLDA, reclaman la comisión primigenia del delito de lavado de dinero y de activos. Este hecho punible, a su vez, requiere la perpetración de un delito previo, del cual deviene el objeto material ilícito que se pretende “*blanquear*”. La existencia y determinación del llamado delito previo, que debe preceder al delito de lavado de dinero y de activos, es de suma importancia, en virtud que solo los hechos punibles que puedan clasificarse como tal pueden ser susceptibles de un posterior lavado de dinero y, subsecuentemente, de un potencial encubrimiento especial. Por tanto, los intervinientes en el resto de delitos excluidos del catálogo de delitos previos, podrían verse beneficiados por un encubrimiento simple o común, clasificado en el art. 308 C.

Para el establecimiento de la lista de hechos punibles que conformarán los delitos previos, los Estados han contado con tres Modelos o Sistemas de Clasifi-

131. “ANÁLISIS SUSTANTIVO DEL DELITO (I): PREVENCIÓN Y REPRESIÓN DEL BLANQUEO DE CAPITALIS”. Calderón Cerezo, Ángel. Magistrado del Tribunal Supremo. CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL. Prevención y represión del blanqueo de capitales. Pág. 8.

132. “El Delito de Blanqueo de Capitales”. Carlos Aránguez Sánchez. Monografías Jurídicas. Editorial Marcial Pons. Nota al pie de página N°. 4, Pág. 200.

133. Para mayor abundamiento en el tema, ver “BLANQUEO DE CAPITALIS”. Martínez Arrieta, Andrés. Magistrado de la Sala II Tribunal Supremo. CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL: La criminalidad organizada. Aspectos sustantivos, procesales y orgánicos. Págs. 9 a 10.

cación<sup>134</sup>. El primero de ellos tiene que ver con el establecimiento de un conjunto cerrado o de un “*numerus clausus*” de delitos previos. El segundo sistema atiende a criterios más flexibles que lindan con la indeterminación, y los límites que imponen a los delitos para ser precedentes del lavado de dinero son mínimos requerimientos que facilitan más la inclusión que la exclusión de los ilícitos; así “*la Convención del Consejo de Europa de 1990, que considera a todas las infracciones penales graves como delito previo del blanqueo. Esta es la opción elegida por Austria, Suiza, Italia o Gran Bretaña*”<sup>135</sup>. El tercer sistema, sencillamente obedece a una mixtura entre los dos sistemas antes mencionados; la que es superflua porque cierra una lista de delitos que previamente ha abierto.

Al leer la nómina de delitos que aparece delineada en el art. 6 LCLDA pareciera que nuestro legislador ha sido proclive a adoptar el sistema del “*numerus clausus*”; empero, al hacer una lectura más detenida a esta disposición legal y a toda la ley especial, tomamos conciencia de que es todo lo contrario; es decir, que en la LCLDA la calidad de delito previ” puede tenerla casi cualquier infracción penal, lo que se desprende de la lectura del inciso primero del art. 4 ídem. en el que se expone que el lavado de dinero y de activos puede practicarse en “*fondos, bienes o derechos relacionados que procedan directa o indirectamente de actividades delictivas*”, -el subrayado se ha hecho adrede para destacar la flexibilidad que puede tener el concepto de delito previo-. Similar conclusión se obtiene de la lectura del inciso segundo de esta norma especial y de los arts. 5 y 6 de la misma ley especial.

En consecuencia, nuestra LCLDA se adecua al segundo de los sistemas que se han esbozado “*ut supra*”, ya que las únicas infracciones que se pueden expulsar del concepto de “*actividad delictiva*” o de “*delito previo*” han de ser “*las faltas*” y aquellos delitos que no generan un objeto material ilícito susceptible del lavado de dinero y de activos. Demás está decir, que también se han de excluir de esta calidad a aquellos delitos de bagatela que, a pesar de generar conductas propias del lavado de dinero, no lesionan ni ponen en peligro el bien jurídico “*orden socioeconómico*”.

Como es lógico, todos los hechos punibles que no están clasificados como “delitos previos”, y que no pueden generar lavado de dinero y de activos, por aplicación de una simple regla de asociación, tampoco podrán formar parte de los casos especiales del delito de encubrimiento del lavado de dinero y de activos, prescritos en el art. 7 LCLDA.

## 1.6. El objeto material en la Ley Contra el Lavado de Dinero y de Activos

Una vez más nuestro legislador ha sido confuso al describirnos cuál debe ser el objeto material sobre el que han de recaer las conductas típicas de los “*blan-*

134. “El Delito de Blanqueo de Capitales”. Carlos Aránguez Sánchez. Monografías Jurídicas. Editorial Marcial Pons. Nota al pie de página N°. 4, Pag. 185.

135. Ibid.

*queadores*” y de los encubridores. El desorden se genera porque en el contenido de la LCLDA se han utilizado indistintamente una serie de términos de variados significantes para referirse a un mismo objeto. A guisa de ejemplos se mencionan los siguientes: en el art. 4 inc. 1º se habla de “*fondos, bienes o derechos*” y en el inciso segundo se refiere a “*bienes y valores*”; en el art. 7 letra a) se mencionan el “*dinero, valores y otros bienes*”, en la letra d) se hace alusión a “*las ganancias, valores, o demás bienes*”; y, en la letra e) la lista abarca las “*ganancias, bienes o beneficios, seguros y activos*”.

Es posible argumentar a favor de nuestro legislador, que este uso ubérrimo de términos ha sido con el afán de que dentro de la conceptualización del objeto material del lavado de dinero queden incluidas todas aquellas cosas o derechos, que se van obteniendo con la transformación del objeto a través del complejo periplo que se recorre con el lavado de dinero.

Lo que sí resulta claro es que el objeto material en la LCLDA no se limita al dinero o a las cosas; por ello, para un mejor entendimiento de su contenido es menester retomar lo que dice el art. 1 letra q) de la Convención de Viena de 1988<sup>136</sup>, en el que se define a los “*bienes*” como “*los activos de cualquier tipo, corporales o incorpóras, muebles o raíces, tangibles o intangibles, y los documentos o instrumentos legales que acreditan la propiedad u otros derechos reales sobre dichos activos*”. Como es obvio, en atención al “*modus operandi*” de las operaciones de blanqueo, que consisten en transformar valores patrimoniales de origen delictivo en otros valores, se ha optado por aceptar también a los valores de sustitución como objeto material del lavado de dinero y de activos y de su encubrimiento, así como a los beneficios ordinarios de los bienes primitivos y las revalorizaciones ordinarias como las plusvalías.

Dos características fundamentales que deben ser inherentes a todo objeto material para ser elemento objetivo del lavado de dinero y de activo y del encubrimiento especial son: primero, que deben tener un valor económico; y, segundo, que deben ser susceptibles del tráfico mercantil. El primer requisito tiene que ver con que el objeto debe tener aptitud para entrar y circular en el tráfico económico, porque es lo que le hace idóneo para poder ser “*blanqueado*”. La segunda característica obliga a que el objeto material de la LCLDA debe ser de aquellos que pueden circular libremente dentro de la economía legal; ergo, no pueden tener tal calidad el dinero falsificado, las armas bacteriológicas, las especies animales protegidas, etc. De igual manera, y como ya se expresó, por aplicación de los principios de mínima intervención y de proporcionalidad, los objetos que por su exigua valía no representan peligro para el orden socioeconómico son irrelevantes para la intervención del Derecho Penal.

136. Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas.

## II. Breve boceto del delito de lavado de dinero y de activos

### 2.1. Generalidades

Este hecho punible se encuentra clasificado en el art. 4 LCLDA; empero no tenemos un concepto legal del mismo. En las distintas legislaciones se han utilizado diversas expresiones para referirse a este ilícito, por ello también se le conoce como blanqueo de dinero, reciclaje de dinero o legalización o blanqueo de capitales.

Así como las expresiones para referirse a este delito son variadas, igual de opimas son las definiciones que se han propuesto para su real entendimiento. Existen algunas que se estiman como las más representativas, por ello se transcriben a continuación:

Podemos definir como lavado de dinero a *“un conjunto de operaciones comerciales o financieras que procuran la incorporación al Producto Nacional Bruto de cada país, sea de modo transitorio o permanente, de los recursos, bienes y servicios que se originan o están conexos con transacciones de macro o micro tráfico ilícito de drogas”*<sup>137</sup>.

El llamado *“lavado de dinero”* es un delito que, en líneas generales, *“consiste en dar apariencia legítima a bienes que tienen en realidad procedencia delictiva”*<sup>138</sup>.

En un documento doméstico, denominado *“Curso de metodología de la investigación sobre lavado de dinero e informe patrimoniales”*, los autores Nicolás Meca Rodríguez de Rivera y Fernando Vivas Mera, de una manera lacónica se refieren al *“blanqueo de dinero”* como *“aquellas conductas orientadas a dar una apariencia de licitud al producto o beneficio procedente del delito”*.

En el *“Convenio de Estrasburgo”*, del ocho de noviembre de mil novecientos noventa, en el artículo 6 se conceptualiza al *“blanqueo de dinero”* como *“ a) la conversión o transmisión de propiedades, con conocimiento de que dichas propiedades son producto de un delito, con el propósito de ocultar o disfrazar el origen ilícito de las mismas o de ayudar a cualquier persona que esté implicada en la comisión del delito base a evadir las consecuencias legales de sus acciones; b) la ocultación o disfraz de la verdadera naturaleza, origen, localización, disposición, movimiento, propiedad o derechos en relación con propiedades, con conocimiento de que dichas propiedades son producto de un delito; y, sujeta a sus principios constitucionales y a los conceptos básicos de su sistema jurídico: c) la adquisición, posesión o uso de propiedades, con conocimiento de que, el momento de su recepción, dichas propiedades eran producto de un delito; d) la participación en, asociación o conspiración para cometer,*

137. “El Delito de Lavado de Dinero en el Perú”. Dr. Victor Roberto Prado Saldarriaga. Pág. 1.

138. “Encubrimiento y lavado de dinero. Reforma del Código Penal. Ley 25.246”. Militello, Sergio A. Publicado en LA LEY 2000-D, 1127.

*tentativa de cometer y ayudar, inducir, facilitar y aconsejar cometer cualquiera de los delitos que se establezcan de acuerdo con este artículo”.*

Independientemente de la definición que se seleccione, ya sea por su minuciosidad descriptiva o por su concisión, se puede unánimemente concluir que el lavado de dinero es un MÉTODO que provee los mecanismos económico-financieros, por los que una persona u organización criminal procesa los ingresos que ha obtenido de las actividades ilegales para darles apariencia de legalidad, y eventualmente *—en palabras del doctor Víctor Roberto Prado Saldarriaga<sup>139</sup> “pasen a ser exponentes de capital legítimo, cotizable y debidamente registrado”.*

Existe consenso en los autores especializados sobre el tema, al haber identificado tres etapas, pasos o fases dentro del ciclo del lavado de dinero, las que se dan de manera secuencial, pero que tienden a traslaparse entre sí y también a coincidir en el tiempo. Esos pasos o etapas son: la colocación, la estratificación y la integración.

## 2.2. Fases del lavado de dinero

Muy escuetamente, la fase de la COLOCACIÓN consiste en alejar el dinero sucio lo más que se pueda del delito, del lugar de su comisión y del delincuente, y colocarlo en el sistema bancario de forma fraccionada. Durante esta etapa los fondos deben cambiar de forma, canjeándose por instrumentos de pago como chequeras, tarjetas de crédito, cheques de gerencia, etc. Se dice que esta es la etapa más delicada, pero también es la más adecuada para detectar y descubrir eficazmente el lavado de dinero, pues los actos encaminados al blanqueo aún no son tan imbricados como en las sucesivas etapas.

La fase de ESTRATIFICACIÓN, también conocida como de intercalación, de decantación, de diversificación o de “*encubrimiento*”, tiene que ver con el movimiento del dinero ya colocado, a través de una confusa serie de transacciones financieras con el objeto de difuminar el periplo económico y su conexión con el autor del delito subyacente. La mejor manera es mediante la creación de una red de testaferros y/o empresas *—algunas inactivas o fantasmas—*, que “*encubren*” los actos del lavador y permite movilizar los capitales entre distintas cuentas, con la apariencia de tratarse de transacciones inocuas. En esta fase las operaciones se realizan de modo veloz, dinámico, variado y sucesivo.

Es precisamente en esta etapa en la que se dan ciertos problemas para los intérpretes del Derecho. En primer lugar, porque en esta fase del ciclo de lavado es donde más se requieren actos que pueden ser propios del encubrimiento, los que únicamente son una parte de todo un complejo proceso conocido como lavado de dinero, es decir que aparentemente hay una relación de especie a género. En segundo lugar, porque la redacción del delito de lavado de dinero y de activos

139. “El Delito de Lavado de Dinero en el Perú”. Dr. Víctor Roberto Prado Saldarriaga. Pág. 2.

coadyuva a la confusión, puesto que dentro de las conductas jurídicamente relevantes de este tipo penal especial se exigen comportamientos encaminados a “ocultar o encubrir” el origen ilícito de los fondos, bienes o derechos, o “ayudar a eludir las consecuencias jurídicas de sus actos a quien haya participado”<sup>140</sup>; empero, el primer caso corresponde a actos de favorecimiento real; y, el segundo, es conocido como un acto de favorecimiento personal; constituyendo ambos casos comportamientos típicos del delito de encubrimiento<sup>141</sup>.

En razón de lo expresado es que, para algunos los actos que configuran al delito de lavado de dinero y de activos no son más que una forma de encubrimiento, o de un encubrimiento pero cualificado, por lo que opinan que quien hace lavado de dinero realmente está encubriendo; y, en consecuencia, si es el autor del delito previo quien lava el dinero, además de hacer un “autoblanqueo” está practicando un “autoencubrimiento” que, para muchos, no es punible. Para otro sector de la doctrina, tanto el lavado de dinero y de activos como el encubrimiento son delitos independientes entre sí y, por ende, para cada una de estas infracciones se predica la autonomía; como consecuencia, el autor del delito previo podría ser también autor del lavado de dinero y de activos y no se estaría encubriendo a sí mismo. Los adeptos a esta tesis niegan que en este caso haya una violación al principio de “*ne bis in idem*”.

Sin embargo, toda esta discusión jurídica será retomada posteriormente para realizar un análisis más profundo.

Por último, con la fase de INTEGRACIÓN se concluye el ciclo del lavado, cuando el dinero ya “blanqueado” se inserta en nuevas empresas financieras, o por la repatriación del capital, para ser invertido en negocios que pueden ser legítimos, reales o ficticios; con lo cual el dinero vuelve a la circulación, dando la apariencia de que se ha obtenido legalmente.

### 2.3. El sujeto activo

Por la forma en que está redactado el delito de lavado de dinero y de activos en el art. 4 LCLDA, comenzando con las palabras “*El que*”, se entiende que estamos ante un delito común. Este criterio se refuerza con lo que dice el art. 2 ídem. al establecer que “*La presente Ley será aplicable a cualquier persona*”. El subrayado no aparece en el texto original, pero se ha hecho a propósito para destacar que para ser sujeto activo en el tipo penal de lavado de dinero no se necesita de una cualidad específica.

140. Art. 4 LCLDA.

141. “ANÁLISIS SUSTANTIVO DEL DELITO (I): PREVENCIÓN Y REPRESIÓN DEL BLANQUEO DE CAPITALS”. Calderón Cerezo, Ángel. Magistrado del Tribunal Supremo. CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL. Prevención y represión del blanqueo de capitales. Págs. 5 y 6.

Se sabe que el lavado de dinero y de activos es un “*delito de referencia*”; en el sentido que, aunque en el texto del art. 4 LCLDA no se expresa taxativamente, de manera tácita se entiende que para que haya un lavado de dinero es menester la existencia de un delito previo, del que provengan los bienes que se han de blanquear.

La problemática que se genera en este apartado gira en torno a los casos en que el autor o participe del delito subyacente sea el mismo que realiza las conductas de lavado de dinero; y, si éste puede tener la doble calidad de sujeto activo en sendos delitos; pues, también en este punto, nuestro legislador ha omitido toda referencia que coadyuve a aclararlo.

Sobre este problema en especial la doctrina está dividida. Para cierto sector, si un sujeto es autor o participe de ambos hechos punibles, debe ser declarado impune del delito de lavado de dinero y de activos para no incurrir en violación al principio del “*ne bis in idem*”.

El sector contrario opina que es factible castigar por el blanqueo de dinero a aquel que ha tenido intervención en el delito precedente.

### **2.3.1. Fundamentos a favor de la impunidad del propio lavado de dinero**

Son muchos los doctrinarios y variados los argumentos que éstos esgrimen para beneficiar con la impunidad en el lavado de dinero a aquellos sujetos que, teniendo la calidad de autores o partícipes en un delito previo, también realizan conductas encaminadas a dotar de legalidad a los bienes obtenidos con su precedente actividad delictiva. Esos argumentos son los que a continuación escuetamente se exponen:

Hay delitos que por su propia configuración se extienden que en su tipicidad el “*iter criminis*” abarca hasta la fase de agotamiento, por lo que el legislador ha decidido incluir en su marco punitivo la pérdida de la cosa ajena en manos del sujeto activo, verbigracia: el hurto, el robo, etc. En esta clase de delitos los actos de consumación material coinciden con los del lavado de dinero y de activos –llamado *autoblanqueo*–; por tanto, un sujeto no puede ser damnificado penalmente por este nuevo ilícito, y deberá quedar impune del lavado de dinero y de activos, porque sus actos no constituyen más que un mero agotamiento de la conducta principal, por lo que están copenados; evitándose así conculcar el principio del “*ne bis in idem*”. La doble condena en estos casos, además de vulnerar la referida prohibición constitucional, constituiría una aberración jurídica ya que equivaldría a decir que si el ladrón o el que vende droga usa el objeto material del ilícito para sufragar sus necesidades cotidianas, entonces solo cometería un delito; empero, si lo vende, lo oculta o lo transforma entonces cometería dos infracciones penales. Tal incohe-

rencia fue propuesta por Sebastián Soler -citado por Sergio A. Militello<sup>142</sup>-; a quien se le adosan Joan Joseph Queralt Jiménez, Ángel Calderón Cerezo y Tomás Vives Antón -quienes son mencionados por Carlos Aránguez Sánchez<sup>143</sup>-.

Algunos autores afirman que si los actos del lavado de dinero son idénticos a los del encubrimiento, entonces el sujeto que blanquea los bienes que obtuvo con su actividad delictiva, realmente está haciendo un “*autoencubrimiento*” porque oculta, transfiere, convierte o encubre los objetos que potencialmente pudieran incriminarle. En consecuencia, los actos orientados a alterar, ocultar, disfrazar, etc. el origen de los bienes o a eludir los efectos legales del delito están amparados en el derecho a no declarar contra sí mismo. En ese sentido, el sujeto que se “*autoencubre*” está justificado por el ejercicio legítimo de un derecho o por un estado de necesidad. María Luisa Maqueda Abreu defiende este criterio<sup>144</sup>, juntamente con Antonio Moreno Cánoves y Francisco Ruiz Márquez -citados por Carlos Aránguez Sánchez<sup>145</sup>-.

Esta misma autora -*Maqueda Abreu*- hace la sugerencia de trasladar el derecho a no declarar contra sí mismo al ámbito de la inexigibilidad de otra conducta distinta; pues no se puede conminar a alguien a que descubra el origen de su patrimonio.

Por último, hay quienes aducen que al no poderse llevar a cabo la penalización de las conductas de “*autoencubrimiento*” y de “*autoreceptación*”; y, por ser los actos del lavado de dinero idénticos a los que se exigen en esos delitos; por consiguiente, debe hacerse una analogía “*in bonam partem*” descargando de responsabilidad penal a aquel que se “*autoblanquea*”.

### 2.3.2. Fundamentos en contra de la impunidad en el propio lavado de dinero

Como es lógico pensar, los argumentos que se esgrimen para que se pueda punir al que blanquea los bienes que ha obtenido por ser autor o participe de una actividad delictiva, son las mismas diatribas o críticas que se le hacen a los que defienden la impunidad de estos delincuentes. Estos argumentos son los siguientes:

El delito de lavado de dinero y de activos no puede ser la fase de agotamiento del delito previo porque ambos tutelan a distintos bienes jurídicos, lo que los hace independientes entres sí, a tal punto que sus respectivas consecuencias jurídicas son en atención a diferentes reproches penales<sup>146</sup>; negándose así la violación al “*ne bis*

142. “Encubrimiento y lavado de dinero. Reforma del Código Penal. Ley 25.246”. Militello, Sergio A. Publicado en LA LEY 2000-D, 1127. Pág. 11.

143. “El Delito de Blanqueo de Capitales”. Carlos Aránguez Sánchez. Monografías Jurídicas. Editorial Marcial Pons. Págs. 170 y 171.

144. “Exigibilidad y derecho a no declararse culpable”. María Luisa Maqueda Abreu. Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, núm. 44, 1991. Págs. 42 y 43.

145. “El Delito de Blanqueo de Capitales”. Carlos Aránguez Sánchez. Monografías Jurídicas. Editorial Marcial Pons. Pág. 171.

146. “Derecho Penal, Parte Especial. 11ª Edición. Pág. 476.



*in idem*". Ni siquiera existe confusión entre el lavado de dinero y el encubrimiento especial, porque aquel protege al orden socioeconómico y éste a la administración de justicia.

El principio de accesoriedad limitada de la participación<sup>147</sup> es el principal escollo con el que tropiezan los que abogan por la concurrencia de una causa de justificación a favor del que lava los bienes que obtuvo como interviniente en la ejecución del delito precedente, puesto que al adoptar esta tesis se ha de incurrir en soluciones injustas, debido a que la conducta justificada del interviniente en el autoblanqueo tornaría impune los actos de los que solo son partícipes en el lavatorio. Juana del Carpio Delgado –citada por Carlos Aránguez Sánchez<sup>148</sup>–, afirma que “*la doctrina mayoritaria niega la legitimidad del derecho a autoencubrirse cuando con ello se lesione otro bien jurídico*”.

Utilizar el derecho a no declarar contra sí mismo como una razón de exculpación por inexistencia de otra conducta es una solución temeraria, porque cuando el legislador ha querido acudir a esta causal para que haya exclusión de responsabilidad penal ha sido claro y taxativo en el plexo normativo; y, además, al no señalarse la causal específica que sustenta la impunidad, se da franquicia de apertura a la sempiterna discusión sobre la legitimidad de exculpar con fundamento en una causa de inexistencia suprallegal.

Dar cabida a la analogía “*in bonam partem*” como argumento para la impunidad del que autolava dinero o se autoencubre es también una osada conclusión, en vista de que nuestro legislador solo ha hecho mención específica sobre la prohibición de la analogía en mala parte.

Autores como Manuel Cobo del Rosal y Tomás Vives Antón<sup>149</sup>, se mantienen reacios a acudir al uso de este criterio como argumento para beneficiar a esa clase de delinquentes si el legislador no se ha manifestado expresamente a favor de su aplicación. No obstante, nadie niega rotundamente la imposibilidad de acudir a este criterio.

### 2.3.3. La solución del eclecticismo

Un planteamiento ecléctico parece ser el más técnico, jurídico y certero; por ello el matiz puede girar en torno a estas ideas:

Deberán de ser castigados también como lavado de dinero y de activos aquellos actos del interviniente en el delito previo que han lesionado o puesto en peligro el bien jurídico del orden socioeconómico; pero, tendrá que ser impune del lavado

147. Artículo 37 del Código Penal.

148. “El Delito de Blanqueo de Capitales”. Carlos Aránguez Sánchez. Monografías Jurídicas. Editorial Marcial Pons. Pág. 172.

149. *Ibid.* Pág. 173.

de dinero y de activos cuando su comportamiento se corresponda con los actos de agotamiento requeridos en la comisión del delito previo. El resto de conductas que dotan de autonomía al lavado de dinero y de activos le deberán ser imputadas concursalmente al autor o partícipe del delito precedente, si ha intervenido en la ejecución de aquella infracción penal. La solución de la mixtura es sostenida por Carlos Aránguez Sánchez<sup>150</sup>, quien menciona a Jesús María Silva Sánchez como adepto a este criterio.

Esta particular solución obliga al intérprete a utilizar la casuística, en el sentido de estar atento en cada caso a la clase de delito que se estudia; ya que si el hecho punible conlleva el agotamiento patrimonial en su “*iter criminis*” –*como en el caso del robo*- y el sujeto activo interviene en esta fase, solo podrá ser acusado por el delito principal; y, los demás participantes de esta etapa incurrirán en complicidad –*si hubo acuerdo previo*-, lavado de dinero –*si no hubo acuerdo previo y se lesionó el orden socioeconómico*- o, encubrimiento común, –*en el resto de casos y sin acuerdo previo*-. Por el contrario, si en el delito principal no está copenado el aprovechamiento patrimonial –*como en el dinero obtenido por un homicidio, sin que haya habido dolo de pago o recompensa*-, y el sujeto activo de este hecho ha blanqueado los bienes ilícitos que obtuvo con su conducta delictiva, afectando el orden socioeconómico; entonces, este sujeto puede ser sancionado por sendas infracciones penales; y, los que le colaboren con actos posteriores para ocultar o encubrir dichos objetos, se verán incurso en alguno de los casos especiales del delito de encubrimiento del art. 7 LCLDA.

### III. Lavado de dinero y encubrimiento

La infracción genérica del lavado de dinero ha sido estructurada sobre la base teórica del delito de encubrimiento, ya que siempre se ha considerado a éste como una forma de coparticipación criminal debido a sus actos de colaboración hacia el delito base; por lo que a los encubridores tradicionalmente se les ha atribuido la calidad de cómplices a posteriori.

No hay duda que desde su génesis hasta el presente, las infracciones del lavado de dinero y de su encubrimiento han generado mucha discusión por la confusa estructura de sus respectivos supuestos de hecho; en razón de que, obviamente, además de compartir la raigambre de su naturaleza jurídica, también los elementos objetivos de “*ocultar*”, “*adquirir*” y “*encubrir*” –*este último a través de distintas formas conductuales*- que se exigen en sendos tipos penales son de similar trascendencia, puesto que los actos que se requieren para que haya un lavado de dinero son precisamente con el propósito de “*ocultar*” o “*encubrir*” el origen ilícito de los bienes. Es suficiente con hacer una somera lectura a los delitos de lavado de dinero y de activos, encubrimiento y casos especiales del delito de encubrimiento para confirmar las galimatías que se han señalado. Para mejor ilustración y a guisa de ejemplo se han de mencionar las siguientes:

150. Ibid. Págs. 176 a 177.

### 3.1. Fundamentos sobre la identidad entre el lavado de dinero y el encubrimiento

A “*prima facie*” el ilícito de lavado de dinero y de activos –*art. 4 LCLDA*- parece ser un delito de mera actividad, que consiste en realizar alguna de las conductas señaladas en el inciso primero<sup>151</sup> o las que se adicionan como un “*atarrayazo*” en el inciso segundo; y, que estos actos deben hacerse con el propósito de “*ocultar*” o “*encubrir*”; aunque literalmente la ocultación o el encubrimiento no se produzcan, puesto que el tipo penal no los exige para la consumación del mismo, por tratarse de unos elementos que pertenecen a la parte subjetiva del tipo. El problema se empieza a vislumbrar al hacer la lectura de los casos especiales de lavado de dinero y de activos –*art. 5 LCLDA*-, porque vemos que “*ocultar*” y “*disfrazar*” –*como una forma de encubrir*- dejan de ser elementos especiales del ánimo del autor o partícipe y se convierten en conductas delictivas de lavado de dinero y de activos. No hay que perder de vista que este artículo incorpora como conducta blanqueadora de capitales el “*adquirir*” los bienes de procedencia ilícita. El problema se torna mayúsculo al estudiar el delito de encubrimiento del art. 308 CP, pues se denota que dentro de las conductas típicas de este injusto también se encuentran las de “*ocultar*” y “*adquirir*”; y, de igual manera, “*ocultar*” y “*adquirir*” son conductas típicas en el delito de encubrimiento especial del art. 7 de LCLDA.

Esta es una de las razones por las que algunos autores –*entre ellos David Pizarro de los Santos*<sup>152</sup>- niegan la autonomía entre los delitos de lavado de dinero y de encubrimiento, y se inclinan por afirmar que el lavado de dinero es una especie de encubrimiento –*común o especial*-; por ende, proponen la aplicación de las reglas de especialidad para dirimir el conflicto de normas.

### 3.2. Fundamentos de la autonomía entre el lavado de dinero y el encubrimiento

En el desarrollo de este trabajo se ha preconizado la idea de la independencia que hay entre sendas infracciones penales; y, se ha expuesto como un argumento sustancial el hecho de que el bien jurídico que se tutela con cada uno de ellos son de distinta naturaleza; así, con el lavado de dinero y de activos se protege el orden socioeconómico y con el encubrimiento –*común o especial*- se salvaguarda a la administración de justicia. Asimismo, se puede ensayar otra razón principal para predicar la autonomía entre ambos hechos punibles; y, aunque parezca de Perogrullo, es de conocimiento general que con el encubrimiento, entre otros fines, se busca ayudar a otro a asegurar el beneficio o el resultado de un delito, sin que haya habido un acuerdo previo; por ello la característica del encubrimiento de ser un delito subsiguiente al delito que se encubrirá el que es su precedente. En consecuencia, y centrando el asunto en el “*quid*” de este trabajo, se afirma que no

151. Esta lista de conductas resulta superflua, porque en el inciso segundo de la misma disposición legal habla de “cualquier operación” la que lleva incluida a aquellas.

152. “Estrategias y tácticas para determinar la adquisición de patrimonio proveniente del delito de lavado de activos en el ámbito de la criminalidad de delitos contra el patrimonio”. David Pizarro de los Santos. [www.monografias.com/trabajos33/lavado\\_de\\_activos](http://www.monografias.com/trabajos33/lavado_de_activos).

puede haber un injusto de casos especiales del delito de encubrimiento si previamente no se ha cometido el delito de lavado de dinero y de activos que se pretenda encubrir; deduciéndose, por lógica, la independencia y autonomía entre estos dos hechos punibles.

Debe entenderse que la autonomía del delito de lavado de dinero y de activos es en doble sentido, porque tiene independencia con respecto al delito previo o subyacente y también es autónomo al delito de encubrimiento que es su subsecuente. En consecuencia, así como el lavado de dinero depende de la existencia y persecución del hecho criminal subyacente, que se pretende ocultar; igualmente, el encubrimiento –*común o especial*– está supeditado a la preexistencia y perseguimiento que se haga del delito común o del delito de lavado de dinero y de activos, según sea el caso.

A pesar de la seriedad de las razones que se arguyen para demostrar la prelación del criterio que aboga por declarar la emancipación entre el lavado de dinero y el encubrimiento especial, resulta difícil difuminar la problemática que genera la confusa similitud de los elementos típicos comunes para ambos supuestos de hecho; por lo que hay que auxiliarse de unas particulares formas de interpretación de ambos delitos para dilucidar la solución más viable, congruente y favorable.

El artículo cuatro de la LCLDA, que prescribe el delito de lavado de dinero y de activos, en lo pertinente de su supuesto de hecho reza “*El que depositare, convirtiere o transfiriere fondos, bienes o derechos relacionados que procedan directa o indirectamente de actividades delictivas, para ocultar o encubrir su origen ilícito (...) cualquier operación, transacción, acción u omisión encaminada a ocultar el origen ilícito (...)*”; aclárase que el subrayado no aparece en el texto original.

### 3.2.1. Primera Opción

Una primera interpretación de esta disposición especial corresponde a aquellos que haciendo una interpretación exegética sugieren que nos encontramos ante un delito de mera actividad y, más específicamente, frente a uno de los delitos llamados “*de emprendimiento*”<sup>153</sup>. Estos también son llamados “*delitos de preparación*” porque la realización de la conducta típica representa el inicio de un “*iter criminis*” global cuya fase de ejecución se da en la conducta típica de otro delito; por eso, materialmente son unos “*actos preparatorios*” de la ejecución del “*ciclo total*” que se necesita para lograr la lesividad de ciertos bienes jurídicos.

Esta opción es válida si se hace una interpretación gramatical, y si se acepta que entre el delito lavado de dinero y de activos del art. 4 LCLDA y los casos especiales de lavado de dinero y de activos del art. 5 idem. no hay autonomía sino una

153. “Doctrina sobre el delito de Lavado de Dinero”. Dr. Héctor Pérez Lamela. [www.argentinaeconómica.com/newsletter/ARTICULOS](http://www.argentinaeconómica.com/newsletter/ARTICULOS).

relación de género a especie, pues el segundo solo es una calificación del primero. A esta conclusión se puede llegar atendiendo a la literalidad del inciso primero del señalado artículo cuatro, en el entendido que las conductas de “*depositar*”, “*retirar*”, “*convertir*” o “*transferir*” deben de ser “*para*” –en pro o con el propósito de- ocultar o encubrir; de igual manera en el inciso segundo al prescribir que las conductas “*cualquier operación*”, “*transacción*”, “*acción*” u “*omisión*” deben ser “*encaminada a*” –para, en pro o con el propósito de- ocultar. Curiosamente en el literal b) de la segunda disposición legal apuntada se exige que “*adquirir*”, “*poseer*” y “*utilizar*” deben ser “*con la finalidad de*” –para, en pro o con el propósito de- legitimar los fondos, bienes o derechos.

Si nos atenemos a esta interpretación literalista, ha de concluirse también que este delito no pretende castigar la ocultación y el encubrimiento de bienes ilícitos, sino que la intención del legislador ha sido la de adelantar las barreras de protección del bien jurídico orden socioeconómico, puniendo conductas que corresponden a actos preparatorios de un posible lavado de dinero; por tanto, los resultados de “*ocultar*” y “*encubrir*” serían elementos objetivos constitutivos de otro hecho punible independiente y posterior.

La primera objeción a esta forma de interpretar es que no habría razón de existencia del literal a) del art. 5 LCLDA, porque en este caso “*ocultar*” o “*disfrazar*” no serían actos preparatorios del lavado de dinero sino la consumación o el blanqueo en sí.

Otra crítica a este punto de vista es que, si no se predica la autonomía entre los arts. 4 y 5 LCLDA, entonces la división entre ambas sería inane y antojadiza, debido a que la violación al orden socioeconómico sería de igual entidad si materialmente se ocultan o se encubren los bienes ilícitos o si solo se hacen conductas encaminadas a ocultarlos o encubrirlos; conculcándose el principio de proporcionalidad porque las consecuencias jurídicas en ambos artículos son de distinta gravedad.

Por último, aún es muy discutible la naturaleza y la legitimidad de la penalización de los delitos de emprendimiento, entendidos como actos preparatorios de la ejecución de un delito posterior. Por lo mismo, cabe la discusión no acabada sobre el castigo del delito en cuestión, porque de los artículos 23 y 24 CP se advierte que en nuestro sistema penal solo se han de castigar los actos de ejecución de un delito; y, que excepcionalmente los actos preparatorios solo serán castigados algunos de ellos. Los actos preparatorios punibles están en un “*numerus clausus*” y, no obstante, las conductas del lavado de dinero y de activos tienen su marco de penalidad sin que pertenezcan a esta lista cerrada, apartándose el legislador de la “*ratio legis*” que justifica la sanción de los actos preparatorios<sup>154</sup>.

154. “El delito de fabricación, puesta en circulación y tenencia de medios destinados a la neutralización de dispositivos protectores de programas informáticos”. Víctor Gómez Martín. Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología. <http://criminet.ugr.es/recpc>.

### 3.2.2. Segunda Opción

Esta tesis no es más que un matiz de la antes expuesta, pero reivindicando la independencia entre los delitos de lavado de dinero y de activos y los casos especiales de lavado de dinero y de activos. La idea que se transmite es que el primer delito es el de emprendimiento y que encuentra su ejecución en el segundo hecho punible, especialmente en el literal a) del art. 5 LCLDA. Este criterio no resiste ni evade la crítica que se hace en el párrafo que precede; acotándose, que desde esta óptica tampoco tendría razón de ser el literal b) de la disposición legal precitada porque sería un acto preparatorio que no tendría un delito específico en el que se vería materializada su ejecución; y, además, el ciclo del lavado de dinero se extralimitaría, tanto en el número de conductas delictivas como en la intervención de sujetos activos, porque habría que reconocer la existencia de autores o partícipes del “delito previo”, del “delito de emprendimiento” –*lavado de dinero y de activos, art. 4 LCLDA*-, del delito de casos especiales de lavado de dinero y de activos –*literal a) del art. 5 LCLDA*- y del encubrimiento especial del art. 7 LCLDA.

### 3.2.3. Tercera Opción

Esta opinión se desarrolla sobre la base de considerar al lavado de dinero y de activos como un delito de resultado lesivo, en el que las conductas típicas de “*depositar*”, “*retirar*”, “*convertir*” o “*transferir*” deben producir la ocultación o el encubrimiento de los bienes ilícitamente obtenidos. Estos resultados de “*ocultar*” o “*encubrir*” son elementos normativos de la parte objetiva del tipo, con una connotación o cariz más cultural que jurídica, que están en referencia a verdaderos efectos materiales y concretos de velar o transformar fictamente el dinero “*sucio*” en capitales con la apariencia de ser legales. En ese sentido, estos resultados no tienen el mismo significado ni son de una entidad equivalente a las conductas de cooperación autónoma y delictivas de los que incurrir en el delito de encubrimiento, ya sea en el común del art. 308 CP o en el especial del art. 7 LCLDA.

Ha de adicionarse, que en atención a esta óptica interpretativa, hemos de entender que los términos “*para*” y “*encaminados a*” usados por el legislador en el art. 4 LCLDA se convierten en elementos especiales del ánimo del autor, que juntamente con el dolo complementan a la parte subjetiva del delito de lavado de dinero y de activos.

Sin embargo, esta opción valorativa debe hacer un esfuerzo casi infranqueable para explicar porqué los elementos normativos culturales de “*ocultar*” y “*encubrir*” deben tener una clase de significado para el delito de lavado de dinero y de activos y otro distinto para el de encubrimiento especial.

### 3.2.4. Cuarta Opción

Este punto de vista es acorde con la tesis de que el lavado de dinero y de activos es un delito de resultado; empero, no comparte el criterio de asignar el doble significado a los términos “*ocultar*” y “*encubrir*”, porque es una decisión antojadiza y puede dar lugar a arbitrariedades, ya que se trata de elementos normativos de carácter cultural de los que no se predica su polivalencia.

En este orden de ideas, el hecho de “*ocultar*” o “*encubrir*” en el delito de lavado de dinero y de activos y en el delito de encubrimiento especial, solamente difieren en el momento en el que se han de producir, pues el ocultamiento o el encubrimiento en el lavado de dinero y de activos se producirá como efecto de las conductas típicas señaladas en el art. 4 LCLDA. Por su parte, las conductas de “*ocultar*” o “*encubrir*” en el encubrimiento común –art. 308 CP- o en los casos especiales del delito de encubrimiento –art. 7 LCLDA- se tendrán que realizar después de haberse consumado el delito previo o el delito de lavado de dinero y de activos respectivamente, debido a que la razón de ser del delito de encubrimiento es favorecer material o personalmente a quien ya ha cometido un delito, para que éste logre su provecho o su impunidad.

Este particular modo de interpretación parece ser el más congruente con el espíritu del legislador al crear la Ley Contra el Lavado de Dinero y de Activos.

## IV. El delito común de encubrimiento (art. 308 cp)

### 4.1. Concepto

En el desarrollo de este trabajo de investigación se ha venido estudiando, analizando, criticando y sentando conclusiones sobre este delito y también sobre el encubrimiento especial, por lo que ya se ha hecho un adelanto significativo, restando únicamente hacer la específica mención de los elementos objetivos y subjetivos del tipo penal.

El diccionario define “*encubrir*” como “*Ocultar una cosa o no manifestarla (...) impedir que llegue a saberse una cosa*”<sup>155</sup>. En un diccionario más especializado se define al encubridor a “*Quien, con posterioridad a la infracción, oculta a los autores de un delito o a sus cómplices*”<sup>156</sup>. A pesar de ello, ninguna de estas definiciones abarca al concepto de lo que penalmente ha de entenderse como encubrimiento, teniendo que inferirlo de la Ley.

155. Diccionario Ilustrado GRAN ESPASA ILUSTRADO 1999. Edición Espasa Calpe, S. A. Pág. 504.

156. DICCIONARIO JURÍDICO UNIVERSITARIO. Tomo I A-H. Guillermo Cabanellas de Torres. 2ª. Ed. Editorial Heliasta 2004. Pág. 383.

## 4.2. Características

Este delito por ser de *carácter derivado* precisa de la comisión de un delito base que haya sido previamente consumado. Sobre la exigencia del delito previo hay que remitirse a lo expuesto en el apartado específico, al inicio de este trabajo, en el tema de la Ley Contra el Lavado de Dinero y de Activos –*ver págs. 5 y siguientes*–.

### 4.2.1. Conductas típicas

De la intelección del art. 308 CP, se advierte que el delito de encubrimiento es de comisión mixta y alternativa, cuyas conductas jurídicamente relevantes son las siguientes:

#### De favorecimiento personal:

- Ayudar a alguien para que eluda o se sustraiga de las investigaciones o de las acciones de la autoridad.

#### De favorecimiento real:

- Procurar o ayudar a alguien para que desaparezca, oculte o altere los rastros, pruebas o instrumentos del delito.

El término “*desaparecer*” tiene una connotación definitiva, porque si la desaparición fuera momentánea equivaldría a la ocultación. “*Alterar*” significa quitar a los rastros, pruebas o instrumentos su apariencia como tales; o darles una apariencia distinta. Por “*ocultar*” ha de entenderse que se trata de apartar de la simple vista lo que es fácil de hallar.

Los “*rastros*” son las señales o huellas que quedan después de la acción del sujeto activo. “*Pruebas*” son los medios legalmente clasificados para demostrar algo. Son “*instrumentos*” los elementos materiales que permiten o facilitan la investigación del delito y del delincuente.

- Procurar o ayudar a alguien a asegurar el producto o el aprovechamiento del delito.
- Intervenir para que alguien adquiera, reciba u oculte objetos de un delito.

Parece que “*adquirir*” y “*recibir*” son términos de similar significado; empero, se entiende que adquiere quien acepta recibir la posesión de algo, es decir que es un simple ofrecimiento; porque cuando materialmente se tiene para sí el objeto, entonces es que se ha recibido.

- Adquirir, recibir u ocultar objetos provenientes de un delito.



Por exigencias del tipo penal estas conductas deben ser realizadas con posterioridad a la comisión del delito previo, lo que significa que las acciones encubridoras deben de suceder:

- Si se trata de un delito instantáneo, después de que el mismo se haya cometido.
- Si es un delito permanente, después de que haya dejado de cometerse.
- Si el delito es de carácter continuado, después de que haya finalizado alguno de los hechos que lo constituyen, sin que el encubridor tenga intención de colaborar en una eventual continuación.
- Si se trata de una tentativa, luego de que hayan finalizado los actos de ejecución.

#### 4.2.2. El objeto

El bien jurídico tutelado, como ya se expuso, es la Administración de Justicia. Sobre el tema del objeto material del encubrimiento, es válido lo que se ha expuesto en el apartado específico, dentro del análisis que se hace al delito de lavado de dinero y de activos –*ver págs. 11 y 12*- ; pero han de adicionarse al encubrimiento los rastros, pruebas e instrumentos del delito.

#### 4.2.3. Los sujetos

Este es un delito común, por tanto puede ser cometido por cualquier persona pues no se requiere que el sujeto activo tenga o posea alguna cualidad, exigencia o requisito especial. Los únicos obstáculos que el tipo penal impone al sujeto activo tienen que ver con los conocimientos previos que debe tener –*los que se analizarán posteriormente*-; y, que no haya tenido ninguna intervención en el delito subyacente.

Es de tomar en cuenta lo que se expuso “*ut supra*” sobre el sujeto activo cuando se hizo su correspondiente análisis en el delito de lavado de dinero y de activos –*ver la pág. 16*-. En este orden de ideas, es de recordar que hay algunos hechos punibles en los que el interviniente en el delito previo, haciendo actos de agotamiento de ese delito, no comete lavado de dinero; por tanto, quien le haya ayudado después de esta última etapa solo hace un encubrimiento común; o, puede tener calidad de cómplice en el delito precedente si hubo un acuerdo previo; o bien, puede ser sujeto activo del delito de lavado de dinero y de activos, pero si este se hace después del agotamiento del delito previo y se conculca el orden socioeconómico. Si el delito subyacente corresponde a los que no tienen consumación formal y el interviniente además hace actos de lavado de dinero vulnerando el orden socioeconómico; entonces, quien le preste ayuda posterior al blanqueo de capitales será un encubridor especial.

#### 4.2.4. Elementos subjetivos

El tipo penal no tiene más exigencia que el dolo en la parte subjetiva; sin embargo, el conocimiento que se requiere del sujeto activo, además de incluir el saber que se está haciendo las conductas jurídicamente relevantes, debe abarcar la consciencia de que con antelación se ha cometido un delito.

Lo que se ha escrito previamente en este trabajo sobre la clase de conocimiento, específicamente al tratar el tema del “delito previo” en las cuestiones preliminares, es pertinente para el delito en estudio; en el sentido que no bastan con simples sospechas, ni tampoco se requiere un conocimiento absoluto o técnico, pero sí se exige que haya una certeza producida por la clase de saber que se le exige al hombre promedio y profano –ver págs. 8 y 9-.

### V. Casos especiales del delito de encubrimiento (art. 7 LCLDA)

#### 5.1. Generalidades

Por tratarse de un tipo penal cualificado; es decir, de una derivación o especialidad del delito de encubrimiento, cuyos fundamentos teórico-jurídicos se encuentran en el art. 308 CP; consecuentemente, lo que se ha escrito, analizado y concluido sobre el delito de encubrimiento común debe ser retomado para el examen de este encubrimiento especial.

El art. 7 LCLDA está compuesto por una serie de casos especiales, clasificados en varios parágrafos, diferenciados entre sí por literales que van de la a) a la e). No obstante, para efectos del meollo de este trabajo, se ha de omitir el estudio de todas estas conductas y la atención ha de centrarse en el caso señalado en el literal d).

#### 5.2. El caso específico del literal d)

El referido literal d) reza de la siguiente manera: *“Quienes con conocimiento hayan intervenido como otorgantes en cualquier tipo de contrato simulado, de enajenación, mera tenencia o inversión, por medio de la cual se encubra la naturaleza, origen, ubicación, destino o circulación de las ganancias, valores, o demás bienes provenientes de hechos delictivos tal como se especifica en el artículo 4 de esta Ley, o hayan obtenido de cualquier manera beneficio económico del delito”*.

Se precisa también elucidar, que este literal transcrito consta de dos partes; y, en este trabajo únicamente se hará estudio de la primera parte.

### 5.3. Estructura típica

#### 5.3.1. Sujeto activo

En este caso el sujeto activo es de carácter especial porque no puede ser cualquier persona, sino solo el que comparezca como “otorgante” ante un notario. A pesar de esta mínima exigencia en el sujeto activo, el término otorgante ha dado lugar a ríspidas discusiones porque su desarrollo no ha sido tan pacífico en nuestro sistema legal.

De la lectura de nuestra Ley de Notariado (LN, en adelante) se nota claramente que el legislador utiliza una serie de términos para referirse a los sujetos que participan en un acto notarial, verbigracia: comparecientes, otorgantes, intervinientes, partes, autorizantes, etc. Sin embargo, basta con fijar la atención para traer a cuenta los yerros en que nuestro legisferante incurre al utilizar a veces indistintamente dos términos de variado significado para referirse a un mismo sujeto o, simplemente, los usa de manera equivocada. Basta para ilustrar con los siguientes ejemplos: en los arts. 32 ordinales 5° y 6° LN las palabras “comparecientes” y “otorgantes” tienen igual valor semántico y son utilizadas indistintamente; en el art. 52 ídem. pareciera que los “comparecientes” son los que asisten al acto, con excepción del notario.

El problema se agrava si, atendiendo al significado jurídico de “otorgante”, queremos auxiliarnos de la definición que nos da el diccionario<sup>157</sup>, porque este instrumento da a conocer que otorgante es “*La parte que contrata en un documento público. /El notario u otra autoridad que le da autenticidad y fe a un documento*”; por tanto, el autorizante del acto notarial también se constituye en un otorgante.

Retomando la clasificación y los conceptos que propone el licenciado Guillermo Alexander Parada Gámez<sup>158</sup>, y acotando mínimamente a su aporte, es posible dilucidar la aparente confusión terminológica que se ha expuesto. Para este autor, acordes con el Derecho Notarial, debemos distinguir entre los intervinientes, el autorizante, los comparecientes, los otorgantes y los concurrentes.

Los intervinientes son todas las personas, incluyendo al notario, que se presentan al acto notarial. El notario, por supuesto, es el autorizante del acto; ergo, los comparecientes son los demás que acuden ante el autorizante para formalizar el acto notarial. El término *otorgantes* está limitado para el que o los que manifiestan al autorizante su voluntad de constituir un acto determinado; su característica primordial es el hecho de concretar y establecer su voluntad a efecto de concebir o dar vida a determinada situación jurídica –*ver art. 32 N° 10 LN*-. Por último, se entiende por concurrente a los comparecientes que no son otorgantes, compren-

157. Diccionario Jurídico Universitario, Tomo II I-Z, Guillermo Cabanellas de Torres. Pág. 215.

158. Derecho Notarial. Lic. Guillermo Alexander Parada Gámez. Pág. 5-6.

diéndose en este concepto tanto a los testigos, los intérpretes, los que firman a ruego, los peritos etc.<sup>159</sup> –ver arts. 32 N° 12 y 33 LN–.

Para efectos de este trabajo es menester rescatar el concepto de “*los otorgantes*”, pues es el sujeto principal del hecho punible que está siendo sometido a análisis; debiéndose delimitar su conceptualización para los que comparecen a manifestar su voluntad ante un notario, para que éste la autorice mediante la constitución de un acto determinado, con el que se dará existencia a una situación jurídica específica.

Al sujeto activo en cualquier delito de encubrimiento, y este no es la excepción, se le reclama un elemento negativo que es no haber tenido intervención en el delito precedente, que en este caso es el lavado de dinero y de activos, para que su conducta no degenera en una coautoría o en una complicidad en la comisión del referido delito.

### 5.3.2. Conducta típica

La conducta jurídicamente relevante que se le exige al otorgante, por supuesto, es la de “*otorgar cualquier tipo de contrato simulado*”.

Siendo el “*contrato simulado*” el medio por el cual se realiza la conducta típica y se obtiene el resultado, entonces este instrumento merece cierta profundización. El contrato simulado se reputa así “*cuando encubren el carácter jurídico de un acto bajo la apariencia de otro, o cuando contienen cláusulas que no son sinceras o fechas que no son verdaderas, cuando se transmiten derechos a personas interpuestas que no son aquellas para quienes en realidad están destinados*”<sup>160</sup>.

Por la literalidad del tipo ha de colegirse que no es tan cierto que se trate de “*cualquier tipo de contrato simulado*”, porque el mismo legislador ha incluido como valladar los tres tipos de contratos que se pueden otorgar: “*de enajenación, mera tenencia o inversión*”. En los contratos de enajenación se usan como ejemplos la compraventa y la donación; los contratos de mera tenencia corresponden a los de arrendamiento o de comodato; y, los contratos de inversión están relacionados con el ámbito financiero y especulativo, teniendo que ver con la actividad bursátil, la transferencia de acciones, títulos estatales, etc.

159. Ibid.

160. DICCIONARIO JURÍDICO UNIVERSITARIO. Tomo I A-H. Guillermo Cabanellas de Torres. 2ª. Ed. Editorial Heliasta 2004. Pág. 245.

### 5.3.3. Resultado

Es precisamente con el otorgamiento de esa clase de contratos simulados que los otorgantes logran el resultado requerido por el tipo penal, que es “*encubrir*”. En este contexto el encubrimiento tiene un matiz de aparentar o velar la condición o situación real de los bienes que pertenecen a otra persona.

### 5.3.4. El objeto

El bien jurídico tutelado, de manera similar que en el encubrimiento común, es la Administración de Justicia.

El objeto material, como se lee en el texto de la ley, lo componen “*las ganancias, los valores, o demás bienes provenientes de hechos delictivos*”; para terminar de afinar la idea sobre este elemento, debe entenderse que esos bienes tienen que haber pasado por el proceso del blanqueo de dinero, para adquirir la idoneidad de poder ser encubiertos. De igual manera que se hizo en el estudio del encubrimiento simple, ha de retomarse lo que ya se expuso con antelación sobre el objeto material cuando se realizó el análisis de la Ley Contra el Lavado de Dinero y de Activos; porque los argumentos allí expuestos tienen validez y aplicación para el delito especial en estudio –*ver págs. 11 y 12*–.

### 5.3.5. Elementos subjetivos

El principal componente de este elemento es el dolo. El conocimiento que el sujeto activo debe tener, además de abarcar la sapiencia de que está interviniendo en el otorgamiento de un contrato simulado, debe tener conciencia de que los bienes con los que aparenta contratar proceden de la previa comisión del delito de lavado de dinero y de activos. Como ya se expresó también, el conocimiento que se le exige que tenga no debe ser completo, absoluto y técnico sobre la existencia del delito que pretende encubrir, sino que es suficiente con que tenga el conocimiento que corresponde al hombre profano sobre la existencia de un hecho que es prohibido por la ley, aunque no sepa el nombre específico del hecho punible que está encubriendo con su conducta –*ver págs. 8 y 9*–.



# EL PRINCIPIO *NE BIS IN IDEM* EN EL DERECHO PENAL Y EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR SALVADOREÑO

Martín Alexander Martínez Osorio  
*Colaborador de la Sala de lo Constitucional.  
 de la Corte Suprema de Justicia  
 Capacitador de ECJ.*

«Si tú vas en mi barca no importa la tormenta,  
 tus manos siempre me ayudarán.  
 Saber que vas conmigo me hace descansar  
 ...aún sobre el mar caminaré,  
 ...aún sobre las nubes volaré».  
 Ricardo Quinteros («Mi fe»).

## SUMARIO

Introducción. I. El poder sancionatorio de la administración, II. La potestad sancionatoria y sus facetas las sanciones gubernativas y las disciplinarias. III. La polémica acerca de la distinción entre el ilícito penal, el ilícito administrativo y el ilícito disciplinario IV. Los límites constitucionales del poder sancionatorio de la administración principios constitucionales relativos al ámbito sustantivo sancionado, V. Algunas cuestiones problemáticas acerca de la incorporación de los principios penales en materia administrativa sancionatoria, VI. La convergencia de la potestad sancionatoria administrativa y de la jurisdicción penal en el ordenamiento jurídico salvadoreño. VII. El *ne bis in idem*, cuestiones históricas, consagración en el marco, normativo de los derechos humanos, y su desarrollo jurisprudencial nacional e internacional, VIII. Cuestiones terminológicas, IX. Antecedentes históricos, X. El principio *ne bis in idem* en la normativa, internacional de derechos humanos y la interpretación efectuada por los organismos latinoamericanos y europeos de derechos humanos, XI. El *ne bis in idem* en la jurisprudencia salvadoreña, XII. El desarrollo del *ne bis in idem* en la jurisprudencia comparada: argentina y España, XIII. Identificación de las problemáticas que suscita el *ne bis in idem*, XIV. La vertiente sustantiva del *ne bis in idem*: la imposibilidad de imponer una doble sanción, XV. La vertiente procedimental del *ne bis in idem*: la imposibilidad de un doble procedimiento por el mismo hecho, XVI. La cuestión de la duplicidad de sanciones penales y administrativas por un mismo hecho en el salvador, XVII. La concurrencia sancionatoria entre normas penales y disciplinarias, XVIII. Conclusiones, XIX. Bibliografía.

## INTRODUCCIÓN

«Necesitas correr con todas tus fuerzas, si pretendes permanecer en el mismo lugar. Si quieres llegar más lejos, tienes que correr al menos dos veces más rápido».

La reina de corazones en Alicia  
en el país de las maravillas.

Lewis Carrol.

**D**urante el transcurso de mi actividad profesional, tuve la ocasión de leer un interesante artículo, escrito por el administrativista Parada. En el mismo, reflexionaba acerca del exorbitante poder sancionador que poseen las administraciones públicas actuales, y de lo que ello suponía al Derecho Penal; en específico, el vaciamiento de este último al primero, conforme al proceso despenalizador que se había desarrollado particularmente en Alemania e Italia en la década de los años sesenta y setenta del siglo pasado<sup>161</sup>.

El ilustre profesor español, sostenía en la necesidad de coordinar el Derecho Administrativo y el Derecho Penal a fin de controlar todas las barbaridades que el «leviatán estatal» podía incurrir en cualquiera de esos ámbitos; y echaba de menos que los penalistas renunciaran a un estudio frontal y exhaustivo del tema, dedicándose mejor –y quizás obsesivamente– al centenario problema sobre en qué disciplina jurídica debían ordinar la cuestión de las sanciones administrativas. Así, explicaba las razones por las cuales los penalistas «repudiaban» el estudio de la legislación administrativa: primero por considerarla una legislación *extra codicem* y por tanto excepcional y anormal; segundo, porque en las infracciones administrativas no se advierten los elementos característicos de la acepción técnico-jurídica del delito conforme al estudio que por más de dos decenios ha efectuado la dogmática penal. Y en último lugar, porque las infracciones administrativas son impuestas directamente por la Administración a través de órganos ordinarios o colegiados a modo de tribunales administrativos, lo que supone una frontera vedada para la ciencia penal, en cuanto ésta, deberá limitarse a su exclusivo feudo de conocimiento cual es el sistema judicial.

En cuanto a las administrativistas, el disgusto y la impotencia brotan a flor de piel, pues como sostiene nuestro ilustre relator, poco puede hacerse en el ámbito del Derecho administrativo sino se cuentan con los instrumentos dogmáticos que con precisión cuasi matemática han sido elaborados por la ciencia penal. Y más aún, cuando todavía existe una clara discusión política y constitucional acerca del fundamento y límites de esos poderes históricos de la Administración, cuyo radio de aplicación se ha querido mantener fuera de los estrictos cánones del control jurisdiccional.

161. PARADA, *El poder sancionador de la Administración y la crisis del sistema judicial penal*, 41-94.

Pasando por un momento a la realidad, y dejando de lado el tema referido a quienes les corresponde la ardua tarea de hilvanar gnoseológicamente el entuerto referido a las infracciones y sanciones administrativas en relación con el Derecho Penal, así como el de solventar –si es que posible– las incontrovertibles razones por las cuales la Administración –al igual que los jueces– también sanciona, se advierte, no sólo en nuestro país, sino en todo el ámbito iberoamericano, un creciente ensanchamiento y robustez del ordenamiento administrativo –particularmente el sancionador– cuyo calibre de intervención en los derechos fundamentales del ciudadano, compite tanto en gravedad y cantidad con el Derecho Penal.

Y es que hoy, no estamos presencia de una *depenalizzazione*, a comparación del proceso efectuado en la medianía del siglo pasado en varios países de Europa, sino en un «reverdecimiento de los frondosos bosques de infracciones penales y administrativas», en los que la opción estatal por restringir derechos y garantías constitucionales, puede efectuarse mediante cualquiera de las opciones jurídicas referidas –Derecho administrativo sancionador o Derecho penal– o bajo ambas. Supuesto último que se está volviendo insoportablemente común.

Basta ver la producción normativa administrativa salvadoreña –con su infaltable capítulo de infracciones, sanciones y procedimiento de imposición– en materias medio-ambiental, laboral, financiera, económica, tributaria, seguridad social, tránsito vial, control de armas, salud pública por sólo citar las más representativas. Y en las que las relaciones con los tipos penales son indiscutiblemente semejantes. La descoordinación entre ambos sectores jurídicos es censurable, y sus resultados absolutamente inaceptables: un castigo desmesurado en su gravedad, por no utilizar el mote de exasperadamente lesivo.

Ante tal panorama, debemos afirmar que ha sido un craso error de la doctrina penalista democrática y minimalista, creer que el principio de subsidiariedad o de mínima intervención –elevado recientemente por nuestra Sala de lo Constitucional al rango de principio constitucional– se satisface plenamente con no incorporar más figuras delictivas de las que ya tenemos dentro de un Código Penal; cuando la Administración puede castigar cualquier conducta como una infracción administrativa y tiene una potestad cuasi-omnímoda de imponer castigos de suma gravedad, conforme el fácil mecanismo del expediente sancionatorio, cuya adaptación al estándar de garantías constitucionales es más un desiderátum que una realidad.

Esto nos demuestra, la necesidad de enfoques que estudien al *ius puniendi* estatal como unidad, independientemente de la forma en que el mismo se traduzca o exprese. Y es así, que más allá del problema fundamental acerca de la *ratio* de distinción entre infracción penal e infracción administrativa, lo importante es también hacer valer en la parcela administrativa sancionadora a la Constitución, sus principios y el respeto a sus derechos fundamentales en ella consagrados.

En efecto, desde que contamos con una Constitución con fuerza normativa, la misma irradia sus efectos a todos los ordenamientos que se encuentran a su abrigo, y por ende, su contenido disciplina tanto la formulación como la interpretación de las normas infra-constitucionales. Y ello adquiere particular nitidez, tanto con las sanciones penales como las administrativas, pues estas últimas –al decir de SUAY RINCÓN– también poseen una buena carga aflictiva<sup>162</sup>.

Conforme lo anterior, el trabajo que ahora se presenta, busca estudiar esas relaciones entre Derecho Penal y Derecho Administrativo sancionador, dentro de un área altamente compleja, cual es la duplicidad sancionatoria penal y administrativa por un mismo hecho. En otras palabras, un estudio acerca de los alcances y límites que posee el principio constitucional conocido como *ne bis in idem* –consagrado en el art. 11 de la Constitución salvadoreña– en el ámbito sancionatorio.

De inicio, se intenta de forma sumamente sintética, efectuar una aproximación a las características más pronunciadas de la potestad sancionatoria de la administración pública, poniendo de particular relieve sus dimensiones de heterotutela y autotutela; para luego, analizar los límites constitucionales a los que se encuentra sujeto su ejercicio de acuerdo a lo establecido por la jurisprudencia nacional y comparada. Por último, se señalan los problemas más acuciantes que presenta en la actualidad el Derecho Administrativo sancionador, y las relaciones que existen entre éste y el Derecho Penal, específicamente en la regulación que efectúa la parte especial del Código Penal de algunas situaciones también comprendidas en legislaciones administrativas sectoriales.

Posteriormente, se entra de lleno al estudio del principio constitucional *ne bis in idem*, a partir de su plasmación en diferentes instrumentos internacionales, su desarrollo tanto en el ámbito de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Corte Interamericana de Derechos Humanos y Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Así también, se efectúa un análisis de cómo ha sido caracterizado en nuestra jurisprudencia, tomando en cuenta los precedentes dictados tanto por la Sala de lo Constitucional como por la Sala de lo Contencioso Administrativo y la Sala de lo Penal.

Al final se efectúa un somero estudio de la configuración del *ne bis in idem* en el ámbito del derecho comparado, tomando como referencia la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de Argentina como el Tribunal Constitucional español. Último, que a mi modo de ver, ha realizado importantes desarrollos del *ne bis in idem*, que no pueden dejar de desconocerse y cuya utilidad para el sistema jurídico salvadoreño es inmensa.

Por último, se efectúa una sistematización de carácter netamente doctrinario del *ne bis in idem*, estudiando sus alcances, límites, dimensiones –sustantiva y

162. SUAY RINCÓN, *Sanciones administrativas*, 55.

procedimental– así como también la denominada «triple identidad», que ha sido el recurso más utilizado por nuestros tribunales para dictaminar la violación o no del principio en mención. Para posteriormente, estudiar las que podríamos denominar «reglas procedimentales de garantía», esto es, aquellas que sirven para salvaguardar la prevalencia de los órganos penales por sobre los administrativos en aquellos casos de convergencia entre ambos.

En este sentido, la idea central del trabajo se encamina a desmitificar la regla tan en boga en el Derecho salvadoreño de la *compatibilidad sancionatoria*; es decir, la posibilidad de aplicar simultánea o sucesivamente una sanción penal o administrativa, por ser ello contrario a lo estipulado al principio contemplado en el art. 11 de la Constitución. Y a tal efecto, demostrar que tal sucesión o acumulación de sanciones, únicamente es posible, si existe una diferente concurrencia de bienes o intereses jurídicos afectados o de comportamientos.

Por ende, se propone a manera de conclusión, la factibilidad por parte de los entes sancionadores de utilizar los recursos que proporciona el Derecho Penal como las reglas que componen el concurso aparente de normas. Y ello tanto en lo que se refiere a sanciones gubernativas como también a las disciplinarias. De igual forma, se postulan –al igual que ha acontecido en el Derecho español– la creación vía jurisprudencial o legislativa de ciertas reglas procedimentales que impidan la sucesión o simultaneidad de procedimientos sancionadores, sean dentro del mismo ámbito –penales o administrativos– o que trascienda a otro de diversa naturaleza jurídica –procedimiento penal y procedimiento administrativo–.

Las reglas que se proponen, ya de vieja data tanto en la doctrina como en la jurisprudencia comparada, son la necesaria paralización del expediente administrativo cuando la jurisdicción penal está conociendo, y el necesario respeto que el dictado judicial de los hechos debe tener para la Administración si es que desea posteriormente determinar algún tipo de responsabilidad administrativa. Reglas a las que recientemente, se le adicionado la técnica del descuento, consistente en abonar el importe de la primera sanción a la segunda por parte del órgano que conoce posteriormente.

En esencia, la presente investigación intenta dar nuevas perspectivas de entendimiento del principio constitucional *ne bis in idem* en el ámbito sancionador, a fin de que éste no se convierta en un término de mera retórica que pueda ser nulificado bajo argumentaciones relativas a la disparidad de motivos o la existencia de una relación de supremacía especial que faculte la imposición de una sanción administrativa adicionalmente a la sanción penal.

Busca entonces, repensar y criticar la práctica estatal de sancionar dos veces un idéntico comportamiento socialmente nocivo, cuando un sano sentimiento de justicia exige solamente una. Pero sin dejar de proponer, la necesaria existencia de una ley que regule la potestad sancionadora de la Administración pública en

El Salvador, de acuerdo a los cánones técnicos que propugna la doctrina constitucional, penal y administrativa, misma que debe ser respetuosa en todo sentido de los derechos fundamentales de cada uno de los habitantes de la nación.

## I. El poder sancionatorio de la administración

Por Administración Pública, se ha entendido todo el conglomerado de dependencias públicas encargadas de ejercer funciones de ejecución y gestión de la *res pública*, el cual se encuentra bajo la dirección del gobierno, particularmente del ejecutivo. Desde esta óptica, los funcionarios ejercen la dirección de la Administración pública en los ámbitos que les son encomendados; sin que ello signifique que gobierno y Administración sean una misma cosa<sup>163</sup>. Pues las acciones que éste último realiza, como señala Garrido Falla, deben encontrar conformidad a los valores democráticos señalados por la Constitución, y ha de actuar conforme a la consecución de los intereses generales del gobierno sin tener que subordinarse de forma ciega al equipo ministerial que coyunturalmente esté en el poder<sup>164</sup>.

Así, la Administración –gráficamente– se constituye en un instrumento del órgano políticamente elegido o nombrado según el caso, que utiliza en su tarea de dirección política de la sociedad en ámbitos como la salud pública y asistencia social, medio ambiente, educación, fiscal, seguridad pública, defensa nacional, economía, comunicaciones entre otros<sup>165</sup>.

En consecuencia, en el desarrollo de las funciones que realiza en tales ámbitos, su accionar puede incidir –de forma favorable o desfavorable– en cada sector o individuo de la sociedad. A tales efectos, es que la Administración cuenta con un poder de dictar decisiones y de hacerlas inevitablemente ejecutar en la consecución del interés general. No obstante ello, conviene no perder de vista que se trata de un poder jurídicamente controlado. Ello significa que su legitimidad constitucional se fundamenta en el sometimiento a la ley producida por el parlamento y en la misma carta magna.

Tales fundamentos y límites, se engloban en la actualidad bajo el concepto técnico-jurídico denominado *principio de legalidad en materia administrativa*, en la que

163. En efecto, ÁLVAREZ CONDE distingue entre gobierno y Administración, siendo el primero un órgano constitucional central dentro del sistema político de una nación al cual le toca dirigir al segundo. El cual opera bajo directrices autónomas con relación al gobierno. Véase al respecto, su *Curso de Derecho constitucional*, 270-271.

164. De ahí que GARRIDO FALLA, hable de una «neutralidad valorativa de la Administración», pero también de una neutralidad administrativa del gobierno. En otros términos, pero de acuerdo al mismo pensamiento, Perez Royo señala: «...el gobierno dirige políticamente el país y para ello dispone de un poderoso aparato administrativo. Pero tal aparato no es político, sino al contrario es una Administración pública despolitizada por mandato constitucional, que sirve con objetividad a los intereses generales a través de una actividad plenamente justificada». Véase su *Curso de Derecho constitucional*, 876-877.

165. Resulta conveniente aclarar que no sólo el Órgano Ejecutivo por el encargado de la Administración pública en general o las municipalidades realizan actos administrativos, pues también, la Asamblea Legislativa como la Corte Suprema de Justicia, también los producen. Por ejemplo, el caso de las sanciones disciplinarias. Sin embargo, a efectos del presente estudio, nuestra atención se puntualizará en la Administración Pública en general. Sobre los entes estatales que pueden realizar actos administrativos: GAMERO CASADO, *Derecho administrativo*, 7.



toda acción administrativa se nos presenta como un ejercicio de un poder atribuido previamente por la ley, así como delimitado y construido por ella; no pudiéndose actuar sin una atribución normativa previa<sup>166</sup>.

En otras palabras, es la ley la que otorga o habilita a la Administración pública para que ella cuente con determinadas facultades de actuación capaces de producir efectos jurídicos, y es lo que comúnmente se denomina *potestades*.

Las potestades suponen posibilidades de actuación capaces de producir efectos jurídicos, y de forma correlativa, imponen en los ciudadanos deberes y una sumisa tolerancia al realizarse su ejercicio.

En palabras de García De Enterría/Fernández el sujeto obligado se encuentra en una situación pasiva de inercia que implica un sometimiento a los efectos que la potestad puede crear en su ejercicio, volviéndose inexcusable soportar sus efectos los cuales eventualmente afectarán su esfera jurídica<sup>167</sup>.

Dentro de ellas, resaltan con especial claridad, las potestades relativas a la capacidad sancionatoria de la Administración, las cuales para una no desdeñable cantidad de juristas de diferentes épocas, constituye la mayor intromisión imaginable en la esfera de la justicia jurisdiccional y de la división de poderes, tratándose de un poder que no es connatural a su función política<sup>168</sup>.

Su desmedido uso en la actuación, ha generado un «frondoso bosque» de infracciones administrativas en los diferentes ordenamientos tributarios, urbanísticos, tráfico vial, comercio, financiero, farmacéutico, alimentario, agrícola, medio ambiental entre los sectores sociales más representativos y las cuales compiten en su gravedad con las reservadas constitucionalmente a la jurisdicción penal.

Tal fenómeno ha sido caracterizado por Parada como una *expansión administrativa*, cuya génesis data de la conversión del histórico poder de policía del *anciem régime* a una potestad sancionadora que se desarrolla conforme a nuevas regulaciones legislativas y reglamentarias. Y aún, que puede desarrollarse *ex novo* a favor de la Administración, sin que suponga un traspaso de competencias domiciliadas en el poder judicial<sup>169</sup>. A tal fenómeno se ha referido sarcásticamente Rodríguez Devesa, al afirmar que la «codicia» del Derecho Administrativo reviste a veces formas inadmisibles, y que la Administración en una sociedad de masas tan tecnificada alcanza unas proporciones desconocidas en la historia, la cual va invadiendo

166. GARCÍA DE ENTERRÍA/FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, 435.

167. *Ibidem*, 443-444.

168. Crítico y con mucho acierto, PRIETO SANCHÍS, *La jurisprudencia constitucional y el problema de las sanciones administrativas en el Estado de Derecho*, 99 y ss.

169. PARADA, *El poder sancionador de la administración y la crisis del sistema judicial penal*, citado, 41-42.

progresivamente campos que le estaban vedados o que le habían sido arrebatados a la Administración del antiguo Régimen<sup>170</sup>.

En este contexto, se aduce como punto de inicio de este desdoblamiento del poder estatal de castigar, el advenimiento del Estado liberal. Pues antes, en el Estado de policía del despotismo ilustrado, no era posible distinguir entre un Derecho Penal y Derecho Administrativo sancionador al no existir una distinción entre tribunales y las autoridades gubernativas<sup>171</sup>.

Sin embargo, se habla ya de un *poder de policía* o de una potestad de policía administrativa, la que Garrido Falla definió como el conjunto de medidas coactivas utilizables por la Administración para que el particular ajuste su actividad a un fin de utilidad pública<sup>172</sup>.

En tal línea, el Estado liberal diseñó al Derecho Penal como su exponente más fino –y por cierto más democrático– en la medida que lo considerado por la voluntad general como nocivo socialmente era lo que debía recibir el calificativo de delito, el cual debía quedar plasmado de forma clara, precisa e inequívoca juntamente con la sanción que habría de recibir<sup>173</sup>. De ahí que la codificación se constituyó en la respuesta razonable al anhelo de seguridad jurídica que los iluministas imprimieron en los primeros *corpus criminalis*<sup>174</sup>.

Por otra parte, dicha forma de Estado podía prescindir de un Derecho Administrativo penal, ya que su actividad de administración social se encontraba reducida al mínimo y los graves atentados contra ella podían encontrarse perfectamente regulados en un Código Penal<sup>175</sup>.

Sin embargo, la estructura administrativa es algo que el estrenado poder ejecutivo no podía despreciar, el cual con el paso del tiempo, iba a ensancharse de gran manera en el Estado social y donde el gobierno necesitó disciplinar a los diferentes sectores productivos nacionales mediante la coactividad.

Entre las razones la expansión de tal poder en el Estado social, se encuentran: (a) el proceso dado en Europa a mediados del siglo pasado relativo a la *despenaliza-*

170. RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho Penal*, 20.

171. CEREZO MIR, *Límites entre el Derecho penal y el Derecho administrativo*, 161.

172. GARRIDO FALLA, *Los medios de la policía y la teoría de las sanciones administrativas*, 12.

173. El ejemplo más palpable de lo anterior, es lo expuesto por FEUERBACH. «...I) Toda imposición de pena presupone una ley penal (*nulla poena sine lege*). Por ende, sólo la conminación del mal por la ley es lo que fundamenta el concepto y la posibilidad jurídica de una pena. II) La imposición de una pena está condicionada a la existencia de la acción conminada (*nulla poena sine crimine*). Por ende, es mediante la ley como se vincula la pena al hecho, como presupuesto jurídicamente necesario. III) El hecho legalmente conminado (el presupuesto legal) está condicionado por la pena legal (*nullum crimen sine poena legali*). Consecuentemente, el mal, como consecuencia jurídica necesaria, se vinculará mediante la ley a una lesión jurídica necesaria, se vinculará mediante la ley a una lesión jurídica determinada». Al respecto, véase su *Tratado de Derecho Penal*, 63.

174. PRIETO SÁNCHEZ, señala que la codificación penal de los iluministas, no respondió tanto a un deseo de perfección técnica, sino a motivos ideológicos propios del sus expositores. Véase: *La jurisprudencia constitucional*, citado, 99.-

175. MAURACH/ZIEFF, *Derecho penal*, parte general, Tomo 1, 19.



ción de una serie de conductas, que del poder judicial fueron traspasadas a la Administración –delitos de bagatela por ejemplo– sin embargo con control judicial en el caso de existir discrepancias por parte del infractor; (b) la influencia del sistema norteamericano en la creación de *administraciones independientes* con potestades de control y castigo en materia de prácticas restrictivas de la competencia, actividades financieras, mercado de valores, sistema eléctrico, comunicaciones, etc.; y (c) la creación de otros centros de poder local, municipal o autonómico, con lo que se extiende hasta el límite esta técnica represiva<sup>176</sup>.

En nuestros países latinoamericanos, la expansión del poder administrativo que se desarrolla con creces desde el siglo pasado, puede tener una razón histórica en la recepción del modelo centralizado de Administración Pública con el que contaba España desde la época de la colonia; el cual ha generado tanto en la patria ibérica como en tierras latinoamericanas un poder exorbitante y cuya lenta contención se está realizando a partir de la vigencia de las constituciones nacionales<sup>177</sup>.

Podemos aducir otras hipotéticas razones a este fenómeno de expansión sancionatoria administrativa, y algunas se relacionan con la consecución de finalidades más pragmáticas. Es decir, en la posible congestión de los tribunales en la resolución de cuestiones baladíes, la eficacia que puede reportar la actividad ejecutiva de la Administración en contraposición al lento proceso judicial, y aún en el éxito de nuevos modelos de desregulatorios de ciertos ámbitos que en su momento fueron públicos y que ahora se encuentran en manos privadas, pero sujetos en última instancia a ciertos controles gubernamentales como los ejercidos por las superintendencias.

De todas maneras, y sean cuales sean las razones de esa «huida al Derecho Administrativo Sancionador», debemos coincidir con Quintero Olivares de que ese poder con que cuenta la Administración moderna para imponer sus decisiones es algo que resulta superfluo por evidente.

Así lo ha reconocido nuestra Sala de lo Constitucional –SC– al efectuar la exégesis del artículo 14 de la Carta Magna, el cual establece que únicamente al Órgano Judicial le corresponde la facultad de imponer penas –*principio de exclusividad de la jurisdicción*–. No obstante ello, se excepciona dentro de su tenor literal a la Administración, la que podrá sancionar mediante resolución o sentencia las contravenciones a las leyes, reglamentos u ordenanzas –y obviamente previo el debido proceso legal– con arresto o multa, la cual podrá permutarse por servicios sociales prestados a la comunidad<sup>178</sup>.

176. GARCÍA DE ENTERRÍA/FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho administrativo*, Tomo II, citado, 165-166.

177. Sobre ello, GARCÍA DE ENTERRÍA, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, 243 y ss.

178. SA de 19/VII/2007, ref. 332-2006.

Dicha norma, ha sido reconocida por la ya vieja jurisprudencia de la Sala de lo Constitucional –en la Controversia 1-88– como el reconocimiento constitucional de la técnica administrativa sancionatoria, y donde múltiples ordenamientos infraconstitucionales generados conforme tal potestad encuentran su fundamento<sup>179</sup>.

Por otra parte, nuestro tribunal constitucional, se ha esmerado en afirmar que dicha potestad obedece a razones pragmáticas evidentes, dado que sin ella, se dificultaría el cumplimiento de la compleja labor de la Administración. Pero en ningún, caso puede entenderse como un privilegio, sino como un instrumento para el cumplimiento de sus fines en orden a la satisfacción de los intereses generales<sup>180</sup>.

De igual forma, se ha señalado que el poder sancionatorio administrativo es una dimensión del *ius puniendi* estatal concebido como la capacidad de ejercer un control social coercitivo ante lo ilícito, tanto de los hechos considerados delitos como de los comprendidos en la actividad de policía administrativa<sup>181</sup>. Y cuyas notas esenciales son las siguientes: (a) el poder sancionatorio de la Administración es un auténtico poder que deriva del ordenamiento jurídico encaminado a un mejor gobierno de los diversos sectores de la vida social; (b) su ejercicio conlleva un poder aflictivo para el Administrado, que puede consistir tanto en la privación de un derecho preexistente (sanción interdictiva) como en la imposición de un nuevo deber (sanción pecuniaria); y (c) tiene una finalidad represora, es decir, castiga una conducta contraria a derecho a fin de restablecer el orden jurídico previamente quebrantado por la acción del transgresor<sup>182</sup>.

En dicho contexto, la jurisprudencia constitucional ha definido las sanciones administrativas como un acto de gravamen; es decir, un acto que disminuye o debilita la esfera jurídica de los particulares: bien sea mediante la privación de un derecho –*prohibición de una determinada actividad o sanción interdictiva*–, bien mediante la imposición de un deber antes inexistente –*sanción pecuniaria*–<sup>183</sup>. Y la

179. Controversia de 13/XII/1988 –ref. 1-88–.

180. SI de 11/11/2003, ref. 16-2001.

181. SA de 13/10/2006, ref. 524-2005. También sobre tal consideración, existe un aplastante consenso doctrinario, por todos: MICHAVILA NUÑEZ, *El principio de legalidad en la potestad sancionadora de la Administración*, 6.

182. SI de 11/11/2003, ref. 16-2001. De ahí que la Sala de lo Constitucional, la ha distinguido de forma nítida de la potestad autorizatoria, la cual busca regular el ejercicio de determinadas actividades de los particulares, a fin de constatar el cumplimiento de una serie de condiciones materiales, formales y procedimentales previstas por el ordenamiento jurídico. Estas persiguen un fin netamente público consistente en proteger determinados intereses colectivos según la naturaleza de las actividades que se traten. En otras palabras, la técnica autorizatoria se crea para regular el ejercicio de derechos o actividades que normalmente competen a los administrados para lograr que aquél se realice apegado al interés común y sin lesionar derechos de terceros; en cambio, la potestad sancionatoria surge generalmente antes las conductas tipificadas previamente como ilegales. En dicha línea, SA de 15/1/2004 –ref. 1005-2002– expone: «...[l]a técnica autorizatoria está en relación directa con el ejercicio de actividades que requieren intervención estatal y se caracteriza por establecer, en términos generales, los requisitos y las condiciones de dicho ejercicio. Esta técnica de intervención además abarca el control del despliegue de la actividad del particular, de tal suerte que dentro de su cobertura material se incluya la potestad de ejecutar, sin previo procedimiento, las consecuencias del incumplimiento de aquellos requisitos y condiciones, para contrarrestar el estadio de ilegalidad del administrado».

183. SA de 19/VII/2007, ref. 332-2006.



misma se impone como consecuencia de una conducta ilegal, luego de un procedimiento administrativo y cuya finalidad es «puramente represora»<sup>184</sup>.

Ahora bien, en la jurisprudencia constitucional, en más de algún fallo –SI de 17/XII/1999, ref. 3/92 acum.– se sostuvo que tal potestad de castigar se agotaba en la imposición de cualquiera de las dos sanciones que el mismo precepto constitucional establecía –arresto y multa–, no pudiéndose ampliar vía legal secundaria en otras sanciones como el cierre de un establecimiento, local, negocio u oficina. Pues en estos casos, al constituirse materialmente penas, son de exclusiva competencia de la autoridad judicial<sup>185</sup>.

Sin embargo, tal concepción fue modificada expresamente mediante la SA 19/VII/2007 –ref. 332-2006– en la que sostuvo que existe una amplia gama de posibilidades sancionatorias que la Administración puede utilizar en su función<sup>186</sup>. Eso sí, debiéndose respetar principios tales como el de legalidad, reserva de ley y tipicidad, conforme lo estipulado en la SI dictada el 11/XI/2003 –ref. 16-2001–.

Del dicho de la Sala en el último pronunciamiento citado, puede deducirse que este importante cambio de precedente –cuya máxima es que la Administración puede contar con un amplio abanico de recursos sancionatorios de los que puede hacer uso conforme su *imperium*– obedece a justificaciones tanto pragmáticas como derivadas de una interpretación sistemática de la Constitución.

En cuanto a las primeras, el no permitirle tal potestad «es dejarla sin formas eficaces de hacer cumplir el ordenamiento jurídico». Y en cuanto a las segundas relaciona una interpretación sistemática de varias disposiciones del texto constitucional, en el que posible encontrar de forma explícita o implícita potestades sancionatorias diferentes a las indicadas en el art. 14, como acontece en los artículos 88, 182, 186, 218 y párrafo segundo del 240<sup>187</sup>.

## II. La potestad sancionatoria y sus facetas: las sanciones gubernativas y las disciplinarias

La Administración pública, entonces, cuenta con ciertos poderes reconocidos y concedidos por el ordenamiento jurídico para realizar su actividad de gestión en procura de los intereses generales. Así, está exenta de someter sus pretensiones a

184. SA de 15/V/2001, ref. 809-99 y SA de 23/X/2001, ref. 785-99.

185. SI de 17/XII/1992, Inc. 3-92.

186. Al menos eso, es lo que se puede deducir, según el considerando segundo de la SA de 15/I/2004, ref. 1005-2002.

187. Sin duda alguna, este cambio de precedente efectuado mediante la SI de 11/XI/2003 –ref. 16-2001– a lo estipulado en la sentencia de 17/XII/1992 –ref. Inc. 3-92– se muestra en consonancia a una tendencia legislativa – que el mismo fallo reconoce– de encauzar el Derecho administrativo sancionador hacia caminos más garantistas y favorables para el administrado, precisamente por ser el mismo una manifestación del ejercicio de la potestad punitiva del Estado. En tal línea, se muestra la reforma constitucional del art. 14, mediante la que redujo el arresto administrativo de 15 a 5 días y en que se suprimió la permuta de la multa por el arresto. Eso sí, regulando la posibilidad de permutar la multa por la prestación de servicios a la comunidad.

un juicio declarativo como a un juicio ejecutivo, quedando únicamente sujeta a un control judicial *a posteriori* mediante el proceso contencioso administrativo<sup>188</sup>.

En otras palabras, y como apuntan GARCÍA DE ENTERRÍA/FERNÁNDEZ, la Administración está capacitada como sujeto de derecho para tutelar por sí misma sus propias situaciones jurídicas, incluso sus pretensiones innovativas del *statu quo*, eximiéndose de este modo de la necesidad común a los demás sujetos de recabar una tutela judicial. Así, el juez debe respetar la realización íntegra de esa potestad, pudiendo intervenir cuando ya haya sido pronunciada y únicamente para ver si se ajusta o no al derecho aplicable<sup>189</sup>.

En este contexto, el poder sancionatorio con el que cuenta la Administración no viene siendo más que dicha potestad de tutela ejecutiva, y que acaece cuando el particular no sólo ha incumplido un deber o una obligación que la vinculaba con la primera –ello origina no sólo a la ejecución forzosa de tal obligación– sino también a una sanción por su incumplimiento –sanción que se impondrá sin necesidad de tener que acudir a un juez represivo–<sup>190</sup>.

Ahora bien, estas potestades represivas administrativas, se bifurcan en dos ámbitos: el primero denominado de *autoprotección* o *autotutela*, en el que se aplican sanciones administrativas al incumplimiento de relaciones especiales entre particulares y la administración –y que se conocen como *relaciones de supremacía o sujeción especial*–. En tal modalidad queda comprendido el régimen jurídico de los servidores públicos –funcionarios y empleados–, los regímenes disciplinarios militar y policial, las infracciones derivadas del ejercicio profesional y los castigos impuestos en los establecimientos penitenciarios o educativos, así como el régimen particular que se les aplica a ciertos concesionarios de los servicios públicos.

El segundo ámbito comprende lo referente a la protección del orden social en su conjunto o *heterotutela* y no tiene como referente ninguna situación jurídica interna de la Administración. Aquí encuentran cobijo, tanto las infracciones relativas a la protección de la convivencia pública, como las denominadas de policía especial –medio ambiente, salud, alimentario, etc. –. En otros términos, las sanciones administrativas pueden clasificarse en sanciones de orden público o gubernativas –comprendiendo también las que impone la Administración especializada– y las que se enmarcan en las relaciones de supremacía especial<sup>191</sup>.

En cuanto a la dimensión de heterotutela o de orden público, tal potestad ha gozado de cierto reconocimiento por parte de nuestro tribunal constitucional, pues en más de una ocasión ha señalado que esta faceta policial administrativa enfrenta al Estado frente a conductas ilegales de los administrados que atentan contra los

188. LÓPEZ RAMÓN, *Límites constitucionales de la autotutela administrativa*, 58 y ss.

189. GARCÍA DE ENTERRÍA/FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho administrativo*, Tomo 1, citado, 509.

190. Crítico al respecto, PARADA, *Derecho administrativo, parte general*, Tomo 1, 464 y ss.

191. Crítico al respecto, PARADA, *Derecho administrativo, parte general*, Tomo 1, 483.

bienes jurídicos precisados por la comunidad jurídica y los que concretan el interés general. Por medio de ella, se garantiza el mantenimiento del orden general y la tutela de los intereses comunitarios esenciales mediante la represión de todas aquellas conductas contrarias al mismo<sup>192</sup>.

Volviendo a la citada distinción entre las funciones de policía general u orden público y de policía especial o autotutela, su legitimidad constitucional y sus efectos puede explicarse de forma diversa. Particularmente, en relación a esta última, donde resultan comprendidos los regímenes disciplinarios. Aquí vale la pena efectuar una consideración especial.

Su desarrollo histórico comienza –como apunta NIETO– en el Estado absoluto. En el mismo, la expansión de funciones en el Estado moderno provocó un aumento prodigioso del número de sus servidores, quienes precisaban de una formación profesional muy elevada en consonancia con la creciente complicación de sus tareas.

Así, los mejores eran contratados y ello motivó la inamovilidad mediante un compromiso escrito en el que el príncipe garantizaba a cada funcionario determinados recaudos en relación a una posible separación arbitraria, la cual únicamente podía acontecer previo proceso y conforme a determinadas causales. A partir de ello, se crea un catálogo de infracciones sancionadas con penas específicas por órganos no judiciales y mediante un procedimiento peculiar<sup>193</sup>.

La culminación de tal desarrollo normativo lo constituyeron los *delicta innotinata*, una serie de infracciones de funcionarios en los que a ciencia cierta no se comprendía si su era naturaleza delictiva o disciplinaria.

Al efecto, se sostuvo que el Derecho disciplinario debía considerarse como el Derecho Penal de los funcionarios, la infracción disciplinaria como una variedad de delito y el proceso disciplinario una especie de proceso penal. Sin embargo, tal razonamiento fue superado mediante el entendimiento que el primero representa una especie del Derecho sancionador del Estado sobre quienes se encuentran sometidos a una especial relación de servicio o poder<sup>194</sup>. Conforme a dicha argumentación, la independencia de este derecho correctivo funcional del ya consolidado Derecho Penal estaba más que asegurada<sup>195</sup>.

192. SI de 11/XI/2003, ref. 16-2001.

193. NIETO, *Problemas capitales del Derecho disciplinario*, 44.

194. En palabras de MAURACH/ZIPF, la esencia del ilícito disciplinario y de la medida disciplinaria encuentra su explicación en la especial importancia de la carrera profesional del funcionario. De ahí que, el Derecho disciplinario militar como el Derecho disciplinario de los funcionarios formaban un Derecho penal especial vigente para esos grupos de personas. Pero su separación se produjo dentro del proceso de reducción o, mejor dicho, de purificación que el Derecho penal liberal experimentó durante el siglo XIX. *Derecho penal*, citado, 13.

195. *Ibidem*.

La conclusión de todo ese proceso evolutivo es que el Derecho disciplinario deja de ser considerado una rama del Derecho Penal para convertirse en una *potestad doméstica de la Administración* sobre sus empleados, con lo cual se intenta –al menos– marginar el importante problema constitucional del probable quebranto al principio democrático de la separación de poderes<sup>196</sup>.

Esta concepción tiene efectos prácticos trascendentales: (a) si el ilícito disciplinario es de carácter *interno* o *doméstico*, la Administración tiene la posibilidad de reclamarle enérgicamente al contratado el cumplimiento de sus obligaciones mediante medidas drásticas y adecuadas, siendo posible excluirle de la carrera administrativa. Y ello también, es compatible a su procesamiento penal por haber cometido un ilícito penal de aquellos cuyo sustrato protegido es la pureza de la gestión administrativa. (b) en cuanto a la regulación de la normativa de las infracciones, puede atenderse a diferencia del Derecho Penal a la personalidad del autor y la estipulación de cláusulas generales tanto en lo referente al comportamiento nocivo como en lo relativo a los medios disciplinarios aplicables. Y (c) por último, su fundamento es distinto a la pena, pues no busca la retribución por el hecho cometido sino sencillamente una medida protectora y que busca «exhortar al sujeto sobre quien recae el deber de fidelidad a cumplir correctamente sus obligaciones profesionales o bien separarlo (...) si su permanencia no es compatible con funcionamiento ordenado del servicio». Es en síntesis es un «derecho de medidas»<sup>197</sup>.

Sin embargo, lo anterior no goza de un absoluto y pacífico consenso en la doctrina, pues muchos desconfían de dotar de ese poder antinatural a la Administración en el mencionado rubro, debiendo quedar reservado para quienes constitucionales corresponde juzgar y sancionar: *los jueces*.

Así se apunta, que las sanciones disciplinarias constituyen auténticas actividades materialmente jurisdiccionales y que deben encontrarse sujetas al máximo de garantías propias de los procesos judiciales, cuyo ejercicio hacen ver al procedimiento disciplinario como obsoleto y rudimentario<sup>198</sup>.

Adicionalmente, se advierte el paralelismo existe entre el ámbito de la sujeción especial y los delitos especiales contemplados en el Código Penal donde la coincidencia tiene su punto culminante en relación al bien jurídico protegido así como a la calidad de funcionario o servidor público como elemento configurante de la autoría. Ello ha llevado a decir a Quintero Olivares, que los delitos de funcionarios componen un grupo particular en el que ni la estructura de la autoría y participación ni el fundamento del injusto son análogos a los que corresponden a otras familias de delitos contemplados en el Código Penal<sup>199</sup>.

196. *Ibidem*.

197. *Ibidem*.

198. BAJO FERNÁNDEZ, *Derecho penal económico aplicado a la actividad empresarial*, 93 y ss.

199. QUINTERO OLIVARES, *La autotutela, los límites al poder sancionador de la Administración pública y los principios inspiradores del Derecho penal*, 287 y ss.

En otro sentido, se argumenta la deficiente construcción técnico-formal del que adolece el Derecho disciplinario, además del retraso histórico e imperfección de sus instituciones, en las que las relaciones personales y la represión política pueden llegar a ser los motivos primordiales para su aplicación<sup>200</sup>.

Por último, y quizás la crítica más contundente, es que tal disciplina jurídica no ha llegado a poder equilibrar satisfactoriamente entre el respeto de los derechos fundamentales del servidor público y los intereses de la Administración, en particular con la discrecionalidad con la que ella pueda actuar en la aplicación del régimen sancionatorio<sup>201</sup>.

Conviene destacar, que esta potestad disciplinaria o de autotutela administrativa, ha sufrido históricamente dos extensiones a partir de ese núcleo esencial que compone el régimen disciplinario de los funcionarios y empleados públicos. Así quedan también comprendidos los usuarios de los servicios públicos –escolares, presos, internos en instituciones médicas– cuyo comportamiento también tiene relevancia con relación al funcionamiento regular del servicio, y a los integrantes de diversas ramas profesionales<sup>202</sup>.

En cuanto a las potestades sancionatorias derivadas de la heterotutela, su finalidad responde a la salvaguarda del orden público y al deber genérico de los súbditos de no perturbarlo, lo que corresponde ser garantizado también por la Administración. De ahí que esta última, actúa en una situación general de supremacía, de donde se deriva correlativamente la resignada sumisión de los administrados frente al uso de ese *Polizeitgewalt*<sup>203</sup>.

Este último término tiene razones históricas muy importantes que conviene detallar. De acuerdo Fleiner, el término *Polizeit* se introdujo en lenguaje jurídico francés para designar el fin y la actividad del Estado, particularmente una buena y ordenada situación de sus negocios. Posteriormente, se introduce en Alemania conforme la idea del *ius polittiae* designando a la facultad del Estado de proveer por la fuerza el «bienestar común».

En otras palabras, se afirmó un derecho del Estado de hacer valer su poder sobre todas las actividades individuales de los ciudadanos, quedando conforme a tal suerte como titular de un poder público absoluto<sup>204</sup>.

Posteriormente, y luego del desprendimiento de ciertas competencias del Estado entre ellas la política exterior y la justicia, los gobiernos establecieron dife-

200. NIETO, *Problemas capitales*, citado, 40.

201. *Ibidem*.

202. Al respecto: GALLEGO ANABITARTE, *Las relaciones especiales de sujeción y el principio de la legalidad de la Administración. Contribución a la teoría del Estado de Derecho*, 16.

203. GARRIDO FALLA, *Los medios de la policía y la teoría de las sanciones administrativas*, citado, 12.

204. FLEINER, *Instituciones de Derecho Administrativo*, 310.

rencias entre aquellos asuntos que habían de ser juzgados conforme a Derecho y que estaban dentro de las atribuciones de los tribunales, de los «asuntos de policía» o gubernativos en los que se gestionaba discrecionalmente por el gobierno, entre ellos la seguridad pública<sup>205</sup>. Un ejemplo claro de esto es lo señalado en 1794 por el *Allgemeines Preussische Landrecht*: «...[e]s función de la policía el tomar las medidas necesarias para mantener la tranquilidad pública, seguridad y orden, y para prevenir peligros inminentes al público o algunos de sus miembros»<sup>206</sup>.

Así, en la configuración del Estado moderno, esas potestades policiales cumplen de dos maneras el deber de prevenir peligros que pudieran «perturbar la convivencia ordenada de los hombres»: (a) tiene a su cuidado, inmediatamente y por sí misma, las instituciones que sirven para impedir o prevenir los peligros de la vida cotidiana –limpieza y alumbrado de las vías públicas y de fijar tablas de aviso en los cruces peligros de caminos, o bien el de exhortar al cumplimiento de estos deberes al encargado de ellos–; y (b) frente a los ciudadanos, tiene la facultad de dictar normas con fuerza a fin de someter las actividades de la libertad personal y de la propiedad a los límites que el bien público exija<sup>207</sup>.

Esto ha llevado a más de un autor, Bajo Fernández, a caracterizar estas sanciones como de naturaleza gubernativa –en contraposición a las disciplinarias que se desarrollan conforme a situaciones especiales de sujeción– porque su motivo tiene como base los referidos deberes genéricos que todos tenemos con el Estado. Y esto nos lleva a enumerar la problemática situación de su deslinde de las figuras criminales. Al efecto, existen infracciones de carácter económico que se imponen conforme a la idea de proteger la libre circulación de bienes y servicios, pero que son de difícil –por no decir imposible– diferenciación de las que contempla el Código Penal<sup>208</sup>.

Adicionalmente, la Administración puede imponer sanciones al ciudadano –que se encuentra en la simple condición de súbdito y quien no ha aceptado previamente tales cargas– que superan con creces a las que impone la jurisdicción penal como acontece con la multa, e igualmente puede ostentar inmerecidas prerrogativas con relación a la libertad personal, llegando a dictar un arresto hasta por cinco días de acuerdo al art. 14 de la Constitución, igualando de esta manera a las facultades que otorga la carta magna al Órgano Judicial<sup>209</sup>.

205. MEZGER sostiene que el concepto de «policía» aparecen por vez primera en las Ordenanzas de Policía del Reich de los años 1520, 1548 y 1577 y abarcan la total actuación del Estado dirigida a conservar y mantener el orden en el interior. Véase su *Tratado de Derecho Penal*, Tomo I, 30-31.

206. FLEINER, *Instituciones*, citado, 311 y ss.

207. *Ibidem*.

208. BAJO FERNÁNDEZ, *Derecho Penal Económico*, citado, 87.

209. El artículo 14 de la Constitución establece: «...Corresponde únicamente al Órgano Judicial la facultad de imponer penas. No obstante, la autoridad administrativa podrá sancionar, mediante resolución o sentencia y previo el debido proceso, las contravenciones a las leyes, reglamentos u ordenanzas, con arresto hasta por cinco días o con multa, la cual podrá permutarse por servicios sociales prestados a la comunidad».

Es evidente que tales distorsiones pudieran tener como explicación una mala técnica legislativa que tiende a duplicar los ámbitos de protección con referencia a un mismo bien jurídico, o que las sanciones administrativas debieran ser –al menos de *lege ferenda*– menor en su gravedad a las penales –lo cual resulta en un desiderátum inimaginable en la actualidad–. Sin embargo, es una idea que no podemos perder de vista cuanto toquemos lo relativo al *ne bis in idem* en los capítulos siguientes.

### III. La polémica acerca de la distinción entre el ilícito penal, el ilícito administrativo y el ilícito disciplinario

El desarrollo parejo e incesante tanto del Derecho administrativo sancionador como del Derecho Penal, hizo inevitable para los doctrinarios de ambas disciplinas intentar encontrar una cabal distinción entre ambos tipos de ilícitos así como de las sanciones, constituyendo en palabras de Mezger un problema que ha producido cierta «desesperación entre los juristas»<sup>210</sup>. Y es así que aparecen diversas posturas doctrinales –primordialmente en el ámbito germano, italiano y español– que intentan explicar con mayor o menor persuasión tal diferencia.

Así, y pecando de una excesiva abstracción, conviene ordenar las diferentes propuestas en al menos 3 perspectivas: (a) las que intentan encontrar un criterio sustancial o cualitativo; (b) las que consideran imposible efectuar una distinción, señalando que las diferencias son ante todo de carácter cuantitativo; y (c) quienes depositan la distinción en el órgano que las produce o en el ordenamiento que las recoge. (a) Dentro de las primeras, el pionero sin duda fue Goldschmidt, quien sugirió varios criterios sustanciales entre ambos campos propugnando por la separación de un Derecho Penal Administrativo del Derecho criminal.

Sus tesis fueron seguidas por un no menos importante grupo de juristas alemanes como Wolf, Schmidh, Lange, Michels y Bockelmann. Tal línea de pensamiento, entendía que los delitos serían delitos naturales *per se*, mientras que las infracciones administrativas serían una suerte de delitos artificiales o de creación estatal<sup>211</sup>. O en el caso de Lange que consideraba que las infracciones criminales eran conductas ético-socialmente relevantes o de una gran significación cultural, cualidad que no ostentaban las otras. Un criterio similar planteaba Schmidt quien sostenía que la característica esencial de la infracción administrativa era su indiferencia ética y consecuente ausencia de eticidad. Desde su postura, la sanción, debía entenderse ante todo como una advertencia del deber –*pflichttenmahnung*–.

En Italia, Reneletti sostuvo que los delitos sirven para la tutela inmediata del derecho ante agresiones, ofensas, lesiones efectivas o potenciales de un derecho determinado, un bien jurídico o la infracción de un deber específico. En cambio,

210. MEZGER, Tratado de Derecho Penal, Tomo 1, 31.

211. Al respecto, CEREZO MIR, *Límites entre el Derecho Penal y el Derecho Administrativo*, citado, 163 y ss.

las leyes de policía castigan conductas que suponen una tutela mediata del Derecho como cautela para evitar posibles ofensas al bien jurídico. En otras palabras, las últimas resultan castigadas no por una razón *malum quia malum*, sino *malum quia prohibitum*. En palabras sencillas, en las primeras se acentúa el fin represivo y en las segundas el preventivo<sup>212</sup>.

En una línea continua, otros autores –entre ellos Mezger– han propugnado en que lo característico del injusto administrativo se agotaría en la desobediencia de los mandatos y prohibiciones establecidos positivamente por el legislador, lo cual lo convertiría en un ilícito meramente formal en cuya base se encuentra la lesión de un interés de la Administración.

(b) Por su parte, las tesis cuantificadoras, sostienen que el fundamento de las correcciones administrativas es el mismo de las penas en general. Pues ambas, intentan restaurar el orden jurídico perturbado, imponiendo sanciones a ciertos hechos que contravienen las disposiciones de la autoridad. Al ser su naturaleza igual, entonces el criterio distintivo es su gravedad<sup>213</sup>.

En tal línea se encuentra la posición del profesor español Cerezo Mir, a quien no le parece convincente la tesis de que el ilícito administrativo sea ético-social o culturalmente indiferente, pues el legislador no establece sus mandatos y prohibiciones para ejercitar la obediencia de los ciudadanos sino para crear un estado o situación valiosos o bien impedir la producción de un daño<sup>214</sup>.

En este contexto, ha señalado que «... desde el núcleo central del Derecho Penal hasta las últimas faltas penales o infracciones administrativas discurre una línea continua de un ilícito material que se va atenuando pero que no llega a desaparecer nunca del todo»<sup>215</sup>. Y su postura, llega más allá, afirmando que la exclusión del concepto de bien jurídico del Derecho Penal Administrativo carece de fundamento, pues no es posible precisar una diferencia entre los intereses tutelados por el Derecho y el resto de los bienes jurídicos. Por ende, si el delito penal y el delito administrativo tienen un contenido material semejante y la misma estructura lógica, las sanciones administrativas encontrarán su justificación únicamente en su proporción a la gravedad de la infracción y en su necesidad. Y es que no puede desconocerse, que la imposición de una sanción administrativa será también con frecuencia expresión de un juicio desvalorativo ético-social<sup>216</sup>.

La crítica que se efectúa de este tipo de posturas, es que si la diferencia es únicamente cuantitativa, ello no debe dar lugar a un descenso de garantías en las infracciones administrativas por ser de menor entidad. E igualmente, las sanciones admi-

212. RENELETTI, referencia efectuada por GARRIDO FALLA, *Los medios de policía*, citado, 17.

213. JESCHECK/WEIGEND, *Tratado de Derecho Penal*, parte general, 63.

214. CEREZO MIR, *Límites entre el Derecho Penal y el Derecho Administrativo*, citado, 164.

215. CEREZO MIR, *Límites entre el Derecho Penal y el Derecho Administrativo*, citado, 164.

216. *Ibidem*.

nistrativas no resultan –en algunos casos– ser de menor entidad que las penales, al contrario en su imposición pueden tener una cuantía muy superior a las penas pecuniarias, lo que igualmente acontece con las inhabilitaciones profesionales<sup>217</sup>.

Por último, el mayor expositor de las tesis que atienden al órgano que las produce y al ordenamiento que las recoge es sin duda MERKL, quien expuso la inutilidad de echar mano a criterios extra-jurídicos para efectuar la distinción; por el contrario, él propone el criterio de la competencia del órgano que la emite como el único admisible para lograr la distinción.

En la misma línea, aunque partiendo de un fundamento histórico, se encuentra Zanobini, quien estipula que no son razones sustanciales las que determinan la diferencia sino históricas, de por qué una competencia ha pasado a los tribunales y otras a la Administración<sup>218</sup>; y Bajo Fernández, quien establece que el carácter administrativo del ilícito depende del órgano que impone la sanción, cuestión que decide previamente la ley<sup>219</sup>. Empero, para el profesor español, ello no es óbice para dejar de cuestionarse sobre la definición material de la infracción administrativa.

Conviene detenerse sobre estas tres posturas doctrinarias, a fin de develar cuál de ellas ha sido incorporada por la jurisprudencia salvadoreña en general, y en la que cabe identificar un particular acento en la segunda. En este sentido, de acuerdo con la misma jurisprudencia emitida por la SC como por la SCA, la potestad punitiva de la Administración junto con la potestad penal de los tribunales, forman parte de un genérico *ius puniendi* del Estado. En otras palabras, «el *ius puniendi* superior del Estado que es único, se manifiesta en dos formas concretas y distintas: ilícitos penales –los delitos y las faltas– y los ilícitos administrativos –o contravenciones–»<sup>220</sup>.

En su sentencia emitida el 11/XI/2003 –Inc. 16-2001– la SC esbozó las líneas generales de un sistema de responsabilidad administrativa al cual únicamente podrán quedar sujetas las personas físicas a quien resulten atribuidas tales acciones. Así, en primer lugar, sostuvo que debe existir un «ligamen» del autor con su hecho y las consecuencias de éste –el que denominó *nexo de imputación objetiva*– y que comprende solamente a la comprobación del nexo causal.

Luego de este primer estadio que se corresponde al nivel del injusto administrativo, el nivel subsiguiente es el de la culpabilidad. El mismo fue denominado por el alto tribunal como una *imputación subjetiva del injusto típico objetivo a la voluntad del autor*.

217. QUINTERO OLIVARES, *La autotutela*, citado, 257.

218. Citado por GARRIDO FALLA, *Los medios de policía*, citado, 36.

219. BAJO FERNÁNDEZ, *Derecho Penal Económico*, 93.

220. Al respecto, véase la SI de 11/11/2003, ref. 16-2001. De igual forma, la sentencia pronunciada por la SSCA de 5-X-2000 –ref. 148-C-99 – estableció: «...el *ius puniendi* del Estado, como la capacidad de ejercer un control social coercitivo ante lo constituido como ilícito, no sólo se manifiesta en la aplicación de las leyes penales por los tribunales que desarrollan tal jurisdicción, sino que también se manifiesta en manos de la Administración Pública».

En otras palabras, la infracción administrativa, al igual que el delito, comprende un aspecto objetivo –antijuricidad– y un aspecto subjetivo –culpabilidad–.

En la SA de 15/VI/2004 –ref. 117-2003– se siguió profundizando en los que constituyen los elementos esenciales de la infracción administrativa, afirmándose que cuenta con los elementos siguientes: (a) un comportamiento positivo u omisivo del administrado que vulnera un mandato o prohibición contenido en la norma administrativa; (b) la sanción, como el mecanismo represivo que el ordenamiento prevé ante el ilícito; (c) la tipicidad, tanto el ilícito como su sanción deben aparecer descritos con suficiente precisión en una norma con rango de ley; (d) culpabilidad, la responsabilidad es exigida si en el comportamiento del agente se aprecia la exigencia de dolo o culpa<sup>221</sup>; y (e) la autoría en la referida falta<sup>222</sup>.

En otras palabras, se advierte en tales pronunciamientos, la obvia semejanza entre la infracción administrativa y la penal, por lo que implícitamente se advierte la preponderancia de las tesis que defienden una distinción meramente cuantitativa entre ambas, ya que poseen elementos comunes. Postura jurisprudencial coincidente con la postura mayoritariamente consolidada por la doctrina<sup>223</sup>.

#### IV. Los límites constitucionales del poder sancionatorio de la administración<sup>224</sup>

Todos los esfuerzos dogmáticos realizados hasta este momento a fin de deslindar esa diferencia sustancial entre ilícitos administrativos y penales se han considerado infructuosos por la mayor parte de la doctrina jurídica en general.

221. SA de 15/VI/2004, ref. 117-2003.

222. Este extremo es sumamente importante como lo demuestra la SA anteriormente citada, y donde se resolvió de la siguiente manera: «...[c]omo consecuencia de lo anterior resulta vulnerado el derecho a la seguridad jurídica, dado que al impetrante se le ha determinado responsabilidad administrativa, sin haberse establecido en la resolución impugnada su participación en los actos u omisiones que según el criterio de la autoridad demandada, son constitutivos de infracciones, esto es, no hubo individualización en la comisión de las infracciones sino que en apariencia aparece con responsabilidad solidaria con las otras personas sancionadas en la misma resolución, lo cual atenta contra el derecho».

223. Sin embargo TORIO LÓPEZ, ensaya una nueva fundamentación teórica de la distinción, de tipo cualitativo, en el sentido, que entre delito e injusto administrativo debe depender de una apreciación estimativa, tomando en cuenta criterios de la dirección del ataque, de la frecuencia, de las consecuencias sociales de su diseminación, el significado de la norma infringida para la colectividad, de los efectos contraproducentes que la prohibición concreta conlleva. Estos factores son los que determinan la verdadera distinción jurídica. Así, sostiene el distinguido jurista español, que lo que caracteriza al Estado democrático es su pluralismo axiológico, o sea, el relativismo de los valores que profesa, pero también descansa en los derechos fundamentales, los bienes jurídicos básicos, la estructura constitucional del Estado. Estos son bienes que postulan y predeterminan para su protección la apelación al Derecho Penal de justicia, no al Derecho Administrativo Penal. Al respecto, véase su artículo: «Injusto penal e injusto administrativo (presupuestos para la reforma del sistema de sanciones)». En: A.A.V.V., *Estudios sobre la Constitución española, Homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría*, Tomo III, 2539-2540.

224. En virtud del tema tratado –que se enfoca particularmente en el Derecho administrativo sancionador– y por cuestiones de evidente extensión, no podrá hacerse relación a los principios constitucionales que rigen la actividad administrativa en general como son el de objetividad –que se relaciona con la profesionalización e imparcialidad con la que debe actuar la Administración–, el de eficacia que se relaciona con la potestad auto-ejecutiva en relación a sus decisiones– y el participación ciudadana –que impone tanto la participación de los ciudadanos en los procedimientos de elaboración de las normas administrativas, acceso a los archivos y registros administrativos (salvo aquellos que se relacionen seguridad del Estado, intimidad personal, etc.) así como audiencia del interesado en el procedimiento de producción de actos administrativos. Sobre los mismos, puede consultarse: ÁLVAREZ CONDE, *Curso Derecho Constitucional*, citado, 277 y ss.

Sin embargo, penalistas y administrativas, coinciden en que la sanción administrativa es un mal consistente en la privación de un bien o restricción de un derecho, y cuya génesis parte de una manifestación soberana del Estado que plasma en una norma lo que considera prohibido. Por ende, su imposición –al igual que las sanciones penales– parten de un mismo tronco común cual es el *ius puniendi* estatal.

En otras palabras, el Estado conforme al ejercicio de la referida potestad, puede optar por cualquiera de esas dos vías conforme valoraciones netamente político criminales, coyunturales y hasta de oportunidad política<sup>225</sup>.

Sin embargo, existe una gran diferencia entre aquellos hechos comprendidos dentro del marco del Derecho Penal, y los que resultan regulados por las disposiciones del Derecho Administrativo en cuanto a su régimen legal sustantivo y procedimental, y que en muchos casos supone un tratamiento desventajoso para el administrado cuando se enfrenta ante las segundas.

Ello ha llevado, luego de haberse entronizado la Constitución como una norma fundamental y fundamentadora, a traslapar los principios y garantías propios del Derecho Penal de corte democrático al Derecho Administrativo Sancionador, al que había de caracterizar –antes de tal conjunción– como un derecho «pre-beccariano, arcaico y repudiable»<sup>226</sup>.

Célebres en este sentido, resultaron las sentencias emitidas por el Tribunal Constitucional español el 30 de enero y 8 de junio de 1981, en las que se estableció claramente: «los principios inspiradores del orden penal son de aplicación con ciertos matices, al Derecho Administrativo Sancionador, dado que ambos son manifestaciones del ordenamiento punitivo del Estado».

Por su parte, nuestra SC ha sido clara en manifestar que dentro de las múltiples funciones del Estado, se encuentra la función punitiva cuyo ejercicio posibilita el castigo de todas las conductas que atentan contra los valores sociales. Dentro de ese contexto, todas las teorías y principios elaborados por el Derecho Penal son aplicables también a las sanciones administrativas, pues las mismas son manifestación de esa función represiva del Estado<sup>227</sup>.

Desde tal óptica, si se consideran a las sanciones administrativas como actos que restringen o limitan los derechos de los administrados –actos privativos– su imposición debe ir precedida de un procedimiento constitucionalmente configurado<sup>228</sup>. Esa potestad sancionadora, implica la obligación de la autoridad adminis-

225. Véase por ejemplo la remembranza que efectúan GARCÍA DE ENTERRÍA/FERNÁNDEZ, en relación al uso del poder sancionador de la Administración contra los enemigos políticos durante el franquismo, *Curso de Derecho Administrativo*, Tomo II, citado, 165.

226. Caracterización efectuada por GARCÍA DE ENTERRÍA, *La Constitución como norma*, citado, 250.

227. SA de 15/VI/2004, ref. 117-2003.

228. SI de 15/III/2002, ref. 30/96.

trativa de ejercerla con responsabilidad para que su ejercicio no degenera en una actividad arbitraria, lo que correlativamente implica el respecto de los derechos fundamentales de los administrados<sup>229</sup>.

En relación a esto, la SC, sostiene para que toda sanción administrativa sea constitucional y legalmente válida, debe respetar los principios que la misma Constitución establece. Y algunos de ellos fueron enunciados prístinamente en la ya mencionada SA dictada el 19/VII/2007 –ref. 332-2006– como el principio de legalidad, la reserva de ley y la tipicidad. Pero dicha enumeración, fue ampliándose en otros pronunciamientos, como el dictado el 11/XI/2003 –ref. 16-2001– con la enunciación de los principios de proporcionalidad y culpabilidad, así como la aplicación del instituto de la prescripción.

Enumeración y reconocimiento de clara elaboración jurisprudencial, en defecto de la existencia en nuestro país de una Ley de Procedimientos Administrativos y de una Ley Reguladora de la Potestad Sancionadora de la Administración. Ordenamientos jurídicos que sí poseen otras naciones y las cuales constituyen ineludibles referentes para El Salvador<sup>230</sup>.

Como ejemplo, podemos enunciar la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común como acontece en España –LRJPAC–. La cual regula en el título IX los principios jurídicos que regulan la potestad sancionadora, y que enuncia en su articulado, a los de legalidad (art. 127), irretroactividad (art. 128), tipicidad (art. 129), responsabilidad (art. 130), proporcionalidad (art. 131), prescripción (art. 132) y *ne bis in idem* (art. 133).

De igual forma, el capítulo II regula los principios relativos al procedimiento. Entre ellos, de legalidad procedimental (art. 134), defensa y audiencia (art. 135), presunción de inocencia (art. 137) y resolución motivada (art. 138).

Por último, conviene dejar establecido, que los actos administrativos –realizados en aplicación en potestades normativas derivadas tanto de la ley y de la Constitución– son controlables por la jurisdicción constitucional. Y ello no es más que una derivación lógica de lo expuesto en fallos importantes como en el auto de inadmisibilidad de 20/VII/2006 –ref. Inc.14-2006– cuyos argumentos enfatizaron la posibilidad de controlar la actividad de cualquier órgano del Estado o autoridad, independientemente de la naturaleza de sus actos, sean tratados leyes, decretos, reglamentos, ordenanzas, acuerdos, resoluciones entre otras, a fin de corregir, si

229. SA de 13/10/2006, ref. 524-2005.

230. Y es que conviene recalcar nuevamente, la urgencia de contar con una ley general que discipline la actividad sancionadora de la Administración pública central y municipal, la cual establezca una regulación básica en cuanto al tratamiento sustantivo y procesal en lo referente a las infracciones y sanciones administrativas, plasmando claramente estos principios. Ello se encontraría en una clara consonancia con la recepción de éstos en la sucesiva y abundante jurisprudencia constitucional y contenciosa administrativa, que desde sus orígenes sentó con mucha firmeza los principios de legalidad, tipicidad e irretroactividad, para posteriormente ampliarlos en la dimensión sustantiva y en los que resultan aplicables al procedimiento sancionador.



fuera el caso, eventuales irregularidades que vulneren disposiciones del estatuto fundamental nacional<sup>231</sup>.

Conviene entonces establecer, aunque sea de forma sucinta y de acuerdo a los cánones establecidos por la jurisprudencia, los principios constitucionales reguladores del Derecho administrativo sancionador, distinguiendo entre los que corresponden al ámbito sustantivo y al procedimental.

#### **4.1. Principios constitucionales relativos al ámbito sustantivo sancionador**

##### **4.1.1. El principio de legalidad**

Conforme su impronta penal –desarrollada mediante el aforismo latino *nullum crimen, nulla poena sine lege previa*– impone la expresa y clara predeterminación normativa tanto de la conducta infractora como de su sanción. Por ende, se sostiene que el respeto al mismo en materia administrativa sancionatoria no puede ser menos riguroso que el que existe en materia de penas y delitos; y para tal efecto, su tipificación debe efectuarse en una ley formal; en otras palabras, producto del consenso democrático y pluralista de un congreso legislativo.

Ello tiene una explicación sumamente garantista, en cuanto a que la materia sancionatoria supone limitaciones a los derechos fundamentales de los Administrados. Así lo ha establecido la SC cuando sostiene que la actuación de la Administración pública es producto de una potestad o competencia atribuida previamente por la ley; y ello supone sometimiento a la ley, la cual no supone una referencia exclusiva a la secundaria, sino al sistema normativo como unidad, comprendiendo en primer lugar a la Constitución<sup>232</sup>.

En tal inteligencia, toda ley que faculte privar de un derecho a la persona, debe establecer las causas para hacerlo y los procedimientos a seguir, porque de lo contrario se estaría infringiendo la ley fundamental salvadoreña y al mismo principio de legalidad que rige a la Administración Pública, por lo que la actuación de todo funcionario o autoridad administrativa debe presentarse como el ejercicio de una potestad o competencia atribuidos previamente por la ley<sup>233</sup>.

Desarrollando tales axiomas vertidos por el alto tribunal, es factible reconocer que el principio de legalidad asegura a los destinatarios de la ley que sus conductas no pueden ser sancionadas sino en virtud de una ley dictada y promulgada con anterioridad al hecho considerado como infracción. Por ende, tal principio no sólo constituye una exigencia de seguridad jurídica que requiere el conocimiento previo de los delitos o infracciones y de las penas o sanciones, sino que también constituye

231. Auto de inadmisibilidad de 20/VII/2006, ref. Inconstitucionalidad 14-2006.

232. SA de 16/IV/2002, ref. 504-2000.

233. SI de 11/XI/2003, ref. 16-2001.

una garantía política hacia el ciudadano de que no puede ser sometido a privaciones no consensuadas previamente, evitando así los abusos de poder<sup>234</sup>.

De ahí que el principio de legalidad en esta sede, comporta una doble garantía: (a) la primera de orden material y absoluto, tanto por lo que se refiere al ámbito estrictamente penal como al de las sanciones administrativas, lo cual refleja la especial trascendencia de la seguridad jurídica en dichos ámbitos limitativos de la libertad individual, y que se traduce en la imperiosa necesidad de la predeterminación normativa de las conductas ilícitas y de las sanciones correspondientes, mediante la tipificación; y (b) la segunda, de carácter formal, que se refiere al rango necesario de las normas tipificadoras de aquellas conductas reguladoras de las sanciones, como presupuesto de la actuación punitiva del Estado<sup>235</sup>.

#### 4.1.2. El principio de reserva de ley

En el sistema jurídico salvadoreño, existe una prerrogativa exclusiva de la Asamblea Legislativa en la regulación normativa de ciertas materias, en procura que su producción venga acompañada de un debate político en el que puedan concurrir libremente los distintos representantes del pueblo.

No obstante ello, la Constitución no deja claro cuál es el dominio natural de esa potestad exclusiva del legislante. Y ha correspondido a la SC verificar caso por caso, la existencia de los supuestos donde se prioriza esta competencia por sobre la de otros Órganos y esto al menos sea sostenido cuando entran en juego el patrimonio, la libertad, la seguridad y la defensa. Para el caso, se ha sostenido que los impuestos y la expropiación son materias reservadas a la ley, así como la privación de libertad o la multa como medida sancionatoria penal. En este último caso, las conductas delictivas deben estar previamente tipificadas por una formal, no pudiéndose crear por medio de disposiciones infra-legales ya que para su génesis debe concurrir ineludiblemente la voluntad del pueblo mediante sus representantes<sup>236</sup>.

En el caso del Derecho Administrativo Sancionador, se ha sostenido de forma expresa, que por la semejanza que tiene con el Derecho Penal es una materia reservada a la ley por ser un ejercicio de la potestad punitiva del Estado<sup>237</sup>. En otras palabras, el reglamento no puede entrar a regular aspectos que explícita o implícitamente, se tengan reservados para la ley en sentido formal<sup>238</sup>.

234. SI de 14/12/2004, ref. 17-2003.

235. *Ibidem*.

236. SI de 16/VII/2004, ref. 30/2001.

237. Enfática en tal sentido, es la SA de 15/VI/2004, ref. 117-2003:«[e]l Derecho Administrativo sancionador es una materia reservada a la ley, debido a la semejanza que guarda con el Derecho Penal, al ser también una manifestación de la potestad punitiva del Estado».

238. SI de 08/IV/2003, ref. 22-1999.

Tal razonamiento fue aplicado en la SA de 23/III/2006 –ref. 529/2003– en el que un agente policial fue destituido por una falta grave contemplada en un reglamento disciplinario, pero que no aparecía tipificada ni el Ley Orgánica de la PNC ni en la Ley de la Carrera Policial. Así que al no existir cobertura legal para el reglamento, la sanción era inconstitucional<sup>239</sup>.

En el mismo sentido se resolvió en la SI de 14/XII/2004 –Inc. 17-2003– en la que se dictaminó que la reserva de ley es una técnica de distribución de potestades normativas entre los distintos órganos del Estado. Sin embargo, al legislativo le corresponde una exclusividad regulatoria en algunas materias –por su carácter eminentemente democrático y de representante de la voluntad general– como acontece con el patrimonio, libertad, seguridad y defensa, impuestos, sanciones y expropiación. De igual forma, la privación de libertad o la afectación la esfera económica que son consecuencia de hechos delictivos corresponde a la ley formal emanada del parlamento.

En lo que al tema interesa, conviene recalcar entonces que en lo relativo al ejercicio del *ius puniendi* es la ley la única creadora de delitos, penas, sanciones, infracciones, medidas de seguridad y causas de agravación. De ahí entonces que, en el ámbito sancionador administrativo, la norma emanada del parlamento, es la única que puede establecer una regulación esencial acerca de los elementos que determinan cuáles son las conductas administrativamente punibles y que sanciones se puede aplicar<sup>240</sup>. En consecuencia, convendría reputar contrarias a la mencionada exigencia constitucional no sólo la descripción reglamentaria de infracciones con su correlativa sanción, así como cualquier otra «habilitación en blanco» a la Administración mediante la enunciación de un supuesto de hecho o de una consecuencia jurídica vacía de todo contenido material.

No obstante la expresa prohibición, se han exceptuado de la misma las remisiones o habilitaciones vía reglamentaria a fin de concretar el sentido de los elementos de las infracciones, pero siempre y cuando exista una cobertura legal que ampare tal técnica de reenvío<sup>241</sup>.

239. La referida sentencia de amparo es muy clara al respecto: «se tiene que, si bien tanto la Ley Orgánica de la PNC entonces vigente como la Ley de la Carrera Policial consideraron la destitución como una sanción por la comisión de una falta –dependiendo de la gravedad de la misma– ninguna de dichas normativas procedía a tipificar ni aun en forma básica, cuáles eran las conductas que podían calificarse como falta grave o muy grave, siendo el Reglamento Disciplinario de la PNC el que se encargaba de detallar éstas así como la sanción y el procedimiento a aplicar».

240. Tal argumentación es la que descarta que puedan crearse infracciones administrativas por parte de la Administración. Y se sostuvo: «la actuación de la administración será constitucionalmente legítima en la medida que exista la suficiente cobertura de una ley que la habilite a sancionar. De manera que, si la administración municipal pretende dictar una Ordenanza en materia sancionadora, debe sujetarse a la regulación esencial que haya predeterminado en todo caso el legislador, de manera que, la actuación de la misma se halle lo suficientemente amparada en el texto de la ley». SI de 14/XII/2004, ref. 17-2003.

241. SI de 14/12/2004, ref. 17-2003.

Se advierte entonces en la actualidad, una concepción relativa de la reserva de ley, aceptando la colaboración reglamentaria en un sentido netamente complementario<sup>242</sup>. Flexibilidad, que se fundamenta en lo ilusorio y poco práctico de exigir al legislador una previsión casuística extensa de todos los supuestos; además, de que en muchos casos puede ser necesaria una rápida variación de los criterios de regulación, lo cual sería difícil al existir una reserva de ley absoluta. Por ende, y dentro de un «esquema razonable», la ley puede limitarse a establecer lo básico de la disciplina o materia, remitiendo el resto a otras fuentes, pero resguardándose de establecer los criterios y directrices en la regulación subordinada así como una delimitación precisa de su ámbito. Finalmente, ha de tenerse en cuenta, que una vez complementadas, constituyen un solo bloque normativo<sup>243</sup>.

#### 4.1.3. La irretroactividad de la norma sancionadora

Este principio parte de la vigencia temporal de la legislación y el momento de realización de la conducta. Y tiene su fundamento esencial en la seguridad jurídica, la cual impone la necesidad de que la conducta y su correlativa sanción estén previstas por una ley previa a su realización.

Se ha sostenido que tal principio es de rango constitucional, y está concebido como un mecanismo tendiente a tutelar los derechos de la persona y proteger la seguridad jurídica<sup>244</sup>. El mismo ha sido definido por la jurisprudencia constitucional como *la no traslación de la vigencia de una norma jurídica creada en un determinado momento histórico a un momento anterior al de su creación*. Y es un instrumento de exclusivo uso por parte del legislador, cuya aplicación –de acuerdo al art. 21 Cn.– opera en las leyes calificadas como de orden público y en las de carácter penal<sup>245</sup>.

En cuanto a las primeras, se ha sostenido que el carácter de orden público de una ley, sólo puede acontecer cuando la misma ley lo establezca expresa o tácitamente; y además, que se trate objetivamente de una materia de orden público. Es decir, la que busca mantener el funcionamiento de los servidores públicos, la seguridad jurídica y la legalidad entre las relaciones de los particulares<sup>246</sup>. Excepción a ello, lo constituyen las situaciones jurídicas ya consolidadas que no pueden ser alteradas discrecionalmente por el juzgador. Por el contrario, si en el instante en que la nueva disposición legal comenzó a regir y el derecho aún no había sido

242. SI de 16/VII/2004, ref. 30/2001.

243. El caso que dio lugar a este interesante pronunciamiento, versó sobre la aplicación de una causal de revocación de la licencia para vender bebidas embriagantes que se encontraba no en una ley, sino en una ordenanza. La SC señaló la inconstitucionalidad de la misma, señalando que cuando se afecte la intangibilidad de los actos administrativos favorables a los administrados, ello únicamente puede acontecer cuando exista la suficiente cobertura de una ley formal. En caso que no exista, tal ámbito material no es susceptible de extra-regulación mediante ordenanzas municipales.

244. SI de 10/VI/2002, ref. 12-99. La jurisprudencia en este sentido es abundante, véanse las SA de 17/III/2004, 17/III/2004 y 19/VII/2004, ref. 677-2003, 464-2003 y 466-2003.

245. SA, ref. 17-C-90.

246. *Ibidem*.



adquirido individualmente sino que está por nacer, tendrá que obtenerse conforme a la nueva ley<sup>247</sup>.

Es evidente, como la misma Sala lo ha reconocido, que el referido principio es multifacético además de contar con diversas escalas en los que cada una de ellas presenta problemas de fijación. Por ende, su aplicación no puede realizarse desde la abstracción, sino que deben apreciarse con cuidado los distintos planos, en los que el mismo «adquiere su modo de ser en cada caso»<sup>248</sup>. Sin embargo, en el ámbito de las sanciones administrativas es clara la irretroactividad «pues teniendo sustancia penal, debe respetarse el principio de ley anterior al hecho»<sup>249</sup>.

#### 4.1.4. El mandato de certeza

Este se relaciona con la precisión y claridad de las tipificaciones como sucede en el caso penal, donde se ha de describir con detalle y cuidado cada uno de los elementos de la conducta, excluyendo las fórmulas abiertas y las cláusulas de extensión analógica. Aquí quizás el problema derivado, radica cuando las normas sancionadoras legales se remiten a normas de rango inferior, por ejemplo, un reglamento para la fijación del presupuesto. Se produce entonces, una especie de delegación legislativa a partir de la propia ley, y esto puede provocar ciertas reticencias interpretativas que ayudan poco a la claridad que debe existir en la aplicación del orden sancionatorio, aparte del ya apuntado problema de la afectación al principio constitucional de reserva de ley<sup>250</sup>.

#### 4.1.5. El principio de tipicidad

El cual se constituye en el corolario lógico del anterior, en la medida que impone la creación de los *tipos* o descripciones legales referentes a la materia de prohibición, así como una enunciación clara de las sanciones a ellas relacionadas.

De acuerdo al principio de legalidad, las sanciones deben sujetarse a lo estrictamente prescrito por el ordenamiento jurídico, y esto en el ámbito del *ius puniendi*, supone la existencia previa de una norma que describa de manera clara, precisa e inequívoca la conducta objeto de sanción. Esto es lo que se conoce como principio de tipicidad, y el cual impone a la autoridad administrativa la realización de un juicio de subsunción entre la conducta del infractor con la estipulada en la norma abstracta.

De ahí que la SC haga alusión al mismo de acuerdo al brocardo latino *nullum crimen, nulla poena sine lege*.

247. SI de 13/V/2005, ref. 16-2004.

248. *Ibidem*.

249. Controversia resuelta el 13/XII/1988, ref. 1-88.

250. PRIETO SÁNCHEZ, *La jurisprudencia constitucional*, citado, 102 y ss.

La exigencia de la tipicidad de las infracciones, tanto en lo que se refiere a su conducta como a su sanción, deviene del respecto de dos exigencias constitucionales: (a) el principio general de libertad, sobre el que se organiza todo el Estado de Derecho, que impone que las conductas ilícitas sean la excepción y por tal motivo se encuentren delimitadas; y (b) la seguridad jurídica, que exige la certeza suficiente en su plasmación normativa para que los ciudadanos puedan conocer lo prohibido y predecir las consecuencias si lo cometen<sup>251</sup>.

En este contexto, la predeterminación normativa de las conductas consideradas como ilícitas y las sanciones correspondientes, debe valerse de preceptos jurídicos que determinen con suficiente grado de certeza, las conductas u omisiones que constituyan infracción y las consecuencias aplicables. De manera que el legislador no puede limitarse a emplear términos puramente descriptivos o utilizar cláusulas generales absolutamente indeterminadas. En otras palabras, la norma debe incorporar todos aquellos elementos que permitan deducir –entre otros– el ámbito de aplicación, las circunstancias o condiciones en virtud de las cuales existe una contravención<sup>252</sup>.

Por tal motivo, resulta censurable lo expresado en el párrafo segundo de la Ley de Competencia, cuando estipula: «...[a]sí mismo, cuando la Superintendencia estime la ocurrencia de una nueva modalidad de prácticas prohibidas que atenten contra la competencia, distintas de las enunciadas en el título III de las Prácticas Anticompetitivas de esta Ley, deberá motivar suficientemente la respectiva resolución y de manera especial deberá consignar en la misma, según sea el caso, el grado de incidencia o gravedad de la infracción, el daño causado, el efecto sobre terceros, la duración de la práctica anticompetitiva, las dimensiones del mercado o la reincidencia».

Tal cláusula, por las consideraciones efectuadas *supra*, aún y cuando se alegue la incompletitud de la Ley de Competencia para poder sancionar algunas formas fraudulentas que lesionan el libre mercado, debe reputarse inconstitucional, pues al ser una cláusula sumamente indeterminada, permite al órgano sancionador actuar con un excesivo arbitrio más allá de lo que los principios de legalidad y tipicidad permiten.

#### 4.1.6. El principio de culpabilidad

Éste implica determinar una dimensión subjetiva y valorativa del reproche personal al sujeto que ha realizado la infracción, sea por su realización dolosa o imprudente; desterrándose de esta forma del ámbito administrativo sancionador la arcaica y rudimentaria responsabilidad por el resultado o denominada también «responsabilidad objetiva».

251. SI de 11/XI/2003, ref. 16-2001.

252. SI de 14/12/2004, ref. 17-2003.

La entronización de este principio dentro de la materia sancionadora administrativa es una indudable conquista de quienes por mucho tiempo han procurado racionalizar la aplicación de tal poder. Y es que en épocas aún recientes, se había sostenido que la Administración no debía conceder importancia al elemento subjetivo que acompaña la realización de una infracción o que debía tomar en cuenta las circunstancias personales de quien la comete. De ahí que, se entendió al injusto administrativo como un hecho de naturaleza marcadamente objetivista e insensible<sup>253</sup>.

Sin embargo, luego de su reconocimiento sin ambages en este sector del ordenamiento jurídico, su primer efecto radicó en la exclusión de la responsabilidad objetiva por el resultado, existiendo entonces responsabilidad únicamente en relación a las conductas realizadas con dolo o culpa –imprudencia–<sup>254</sup>. El segundo, en que si aceptamos la posibilidad de que la Administración pueda exigir un comportamiento adecuado a la norma, cabría introducir también de excepciones a la responsabilidad en esta sede por existencia de error –sea de tipo o de prohibición– aunque sea con ciertos matices<sup>255</sup>.

Las anteriores consideraciones, tienen su correspondiente contrapartida en el procedimiento sancionador. De acuerdo a ello, se ha sostenido que la Administración pública debe procurar investigar sobre hechos o circunstancias que conduzcan a evidenciar la culpabilidad del administrado en la comisión de alguna infracción, evitando la aplicación automática de sanciones<sup>256</sup>. Consideraciones que se han relacionado con el ilícito tributario y donde se ha sostenido la obligación de investigar el componente subjetivo de la conducta del gobernado al momento de efectuar el acto calificado como infracción<sup>257</sup>.

No obstante lo anterior, la SC establece una excepción con relación a aquellas medidas tomadas por la Administración con la finalidad de proteger el interés general –retiro del mercado de productos en mal estado, cierres temporales de locales que pongan en peligro la salud, etc.– aquí puede dispensarse la necesaria comprobación de la culpabilidad en razón de la preponderancia del interés colectivo y los potenciales afectados de no tomarse una medida a tiempo<sup>258</sup>.

253. PRIETO SÁNCHEZ, *La jurisprudencia constitucional*, citado, 104.

254. También se ha hecho alusión como uno de los efectos más importantes de este principio el destierro de la responsabilidad objetiva, y la exigencia que el castigo devenga de la realización de acciones dolosas o al menos culposas. En tal sentido, la SI de 11/XI/2003 –ref. 16-2001–, en la que se afirmó: «[p]odemos asegurar entonces, sin ambages, que en materia administrativa sancionatoria es aplicable el principio *nulla poena sine culpa*», lo cual excluye cualquier forma de responsabilidad objetiva, pues el dolo o la culpa constituyen un elemento básico de la infracción».

255. QUINTERO OLIVARES, *La autotutela*, citado, 267.

256. SA de 3/I/2002, ref. 263-2000.

257. SA de 11/VI/2003, ref. 434-2002.

258. *Ibidem*.

#### 4.1.7. El principio de proporcionalidad

Su primigenio desarrollo aparece expuesto por Beccaría, y posteriormente adquiere matiz normativo al ser incorporado en el artículo 9 de Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, así como del artículo 8 de la importante Declaración Universal de Derechos Humanos. Y cuya incidencia específica radica en la graduación de las sanciones sean estas penales o administrativas.

Este principio exige que los medios por los cuales el Estado interviene en la esfera privada y derechos fundamentales de los ciudadanos sean utilizados en una proporción adecuada a los fines perseguidos. Ello supone entonces una razonable correlación entre la infracción y la sanción<sup>259</sup>. Su aplicación no se reduce al ámbito de la aplicación de la ley, sino también a cualquier ente con competencia normativa<sup>260</sup>.

En cuanto a su aplicación, de acuerdo con la SI emitida el 14/II/1997 –ref. 15-95– se han señalado como elementos que integran el juicio de proporcionalidad: (a) la idoneidad de los medios empleados –en el sentido que la duración e intensidad de los mismos deben ser los exigidos por la finalidad que se pretende alcanzar–; (b) la necesidad de tales medios –debe elegirse la medida menos lesiva de los derechos fundamentales o en otras palabras la que permita alcanzar la finalidad perseguida con el menor sacrificio de los derechos e intereses del afectado– y (c) la ponderación de intereses –a fin de determinar la existencia de una relación razonable o proporcionada de la medida con la importancia del bien jurídico que se persigue proteger.

### 4.2. Principios constitucionales relativos al procedimiento sancionador

#### 4.2.1. Principio de legalidad procedimental

De acuerdo a este principio, la imposición de una sanción administrativa, requiere la sustanciación de un procedimiento que determine el acaecimiento de un ilícito y el cual culmine con un acto definitivo que declare su realización y que en su oportunidad adquiera firmeza<sup>261</sup>. Así se ha expresando en la SA de 23/I/2002 –ref. 501-2000– cuando estipuló: «...[l]a materialización de un acto limitativo de derechos sin un procedimiento previo, con independencia de su naturaleza administrativa o jurisdiccional, vuelve imposible exigir al pretensor de amparo la utilización de los medios impugnativos franqueados expresa y legalmente para su eventual subsanación; tal circunstancia no ha de interpretarse sino como la obligación

259. SI de 11/XI/2003, ref. 16-2001.

260. SI de 14/II/1997, ref. 15-96.

261. De acuerdo con GARCÍA TREVIJANO, los actos administrativos se dividen en actos de trámite y actos definitivos. Los primeros preparan el terreno para que el acto final se dicte con acierto. Los actos definitivos son los actos finales o los que «causan estado» no existiendo la posibilidad de otros recursos de alzada vía administrativa. Al efecto, véase su obra: *Los actos administrativos*, 194-195.

que tienen todas las autoridades públicas de potenciar y hacer efectivos desde un primer momento los mandatos constitucionales, a fin de respetar íntegramente los derechos fundamentales que toda persona justiciable detenta»<sup>262</sup>.

En particular, tal enfoque adquiere relevancia con ocasión del despido, pues aunque los servidores públicos realicen conductas graven que justifiquen esa medida extrema, ello «no constituye un motivo para que la autoridad competente se apresure a separar al servidor público omitiendo seguir el proceso que por obligación constitucional debe diligenciar»<sup>263</sup>.

#### 4.2.2. La presunción de inocencia

Recientemente, nuestra SC estipuló que este principio de carácter netamente procedimental posee el menos tres significados: (a) es una garantía básica del proceso penal, (b) es una regla referida al tratamiento del imputado durante el proceso; y (c) es una regla relativa a la actividad probatoria. Conforme al primer significado, la presunción de inocencia constituye un límite al legislador frente a la configuración de normas penales que impliquen presunciones de culpabilidad; en relación al segundo, que dentro del proceso penal debe partirse de la idea que el imputado es inocente, por lo que deben reducirse al mínimo la imposición de medidas restrictivas de derechos fundamentales; y en relación al tercero, la prueba que sustente una decisión condenatoria, debe ser suministrada por la parte acusadora, imponiéndose la absolución ante la existencia de dudas sobre la culpabilidad, o bien sea por la carencia de prueba de cargo<sup>264</sup>.

Consideraciones que pueden ser trasladables sin problema alguno al Derecho administrativo sancionador, en el sentido que: (a) no pueden existir dentro del procedimiento aplicaciones automáticas y aisladas de presunciones de culpabilidad; (b) la carga de la prueba es de quien acusa; (c) toda sanción habrá de apoyarse en una actividad probatoria de cargo, la cual ha de corresponder a la Administración<sup>265</sup>.

Así, en el ámbito del derecho comparado, resulta procedente citar la STC español de 8/III/1985, la cual sin rodeos estableció que esta garantía no se reduce al estricto campo del enjuiciamiento de las conductas presuntamente delictivas,

262. SA de 23/I/2002, ref. 501-2000.

263. SA de 3/IV/2002, ref. 191-2001. El mismo criterio ha sido tomando en cuenta en la SA de 6/XII/2005 –ref. 689-2004– que señala: «...la causal de despido constituida por la pérdida de confianza no puede entenderse como de aplicación automática, cuando la plaza no es de aquéllas que impliquen confianza personal o política, como es el caso de un ministro, en el cual la naturaleza de su cargo – eminentemente político– radica en el poder de decisión que se le otorga al que lo desempeña; o de un asesor particular, donde la conducta y actitudes de este tipo de empleados así como la confianza personal que el jefe deposite en ellos, son elementos necesarios para lograr la indispensable ejecución de sus obligaciones funcionales».

264. SI de 5/X/2011, ref. 54-2005.

265. SA de 15/VI/2004, ref. 117-2003. En tal decisión se ha sostenido: «[n]o basta que la autoridad emita una declaración de voluntad, accediendo o no a lo pretendido por las partes, sino que el deber de motivación que la Constitución y la ley exigen, impone que en los proveídos –sean judiciales o administrativos– se exterioricen los razonamientos que sean los cimientos de las decisiones estatales, debiendo ser sumamente claros para que se comprendan no sólo por los juristas sino por todos los ciudadanos».

sino que ha de entenderse que preside también la adopción de cualquier resolución administrativa o jurisdiccional de la que derive un resultado sancionatorio o limitativo de sus derechos.

Y quizás el mayor énfasis que este principio tiene en el ámbito administrativo sancionador es el relativo a la presunción de veracidad que ostentan las actas sustanciadas por los diversos agentes administrativos.

Es evidente que tal presunción siempre será de carácter provisional en tanto no exista un ulterior pronunciamiento jurisdiccional que lo confirme si es que llega a instarse el respectivo procedimiento contencioso administrativo; sin embargo, su operatividad debe quedar relegada –como acontece en materia penal– al valor de una simple denuncia, no pudiendo desplazar a la Administración del deber de efectuar una actividad de recolección de datos probatorios que permita desvirtuar el *status* de inocencia dentro del procedimiento<sup>266</sup>.

Desde esta óptica, el verdadero alcance de la presunción de legalidad de los actos administrativos, no consiste en la inversión de la carga de la prueba, sino en lo que se ha denominado la «carga de la acción».

Así, el sancionado –a diferencia del acusado de un delito– debe acudir a los tribunales en busca de tutela jurídica; y a dicha carga no puede añadirse la de probar su inocencia, sino que es la Administración quien debe acreditar en juicio lo que ya debió comprobar en el expediente sancionador; esto es, que el autor es sujeto de una conducta típica, antijurídica y culpable.

En forma sintética, toda resolución sancionadora –sea penal o administrativa– requiere a la par la certeza de los hechos, que estos sean obtenidos mediante pruebas de cargo, y comprobación fehaciente de los mismos<sup>267</sup>. Y es lo que jurisprudencia constitucional ha manifestado: toda persona sometida a un proceso o procedimiento es inocente y se mantendrá como tal dentro de los mismos; mientras no se determine su culpabilidad por sentencia definitiva condenatoria o por resolución administrativa debidamente motivada en la que haya habido respeto a los principios constitucionales de carácter procedimental.

266. Ver STC del 26/IV/1990.

267. Es claro en este sentido, lo expuesto por GARCÍA DE ENTERRÍA/FERNÁNDEZ, cuando señalan lo repudiable que es la idea del absoluto dominio del expediente sancionador por la Administración, debiendo reconocerse el derecho del encausado a proponer y presenciar las pruebas «pertinentes», así como a la vista y audiencia de la totalidad de las actuaciones del expediente y a no declarar contra sí mismo, contra el criterio, que lucía en una vieja sentencia de que el eventual silencio de dicho encausado deba o pueda interpretarse como una hipotética confesión de culpabilidad. La carga de la prueba es entera de la Administración, que concentra las funciones de acusador y decisor. Véase: *Curso de Derecho Administrativo*, Tomo II, 181.

### 4.2.3. El derecho de defensa

Éste supone el derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, así como el de no declararse culpable o establecer afirmaciones contrarias a sí mismo.

Nuestra jurisprudencia constitucional estipula que no se resguardan los derechos y garantías constitucionales únicamente con la tramitación de un procedimiento previo; sino que tal procedimiento, debe encontrarse diseñado de forma, tal que permita la intervención de las partes procesales<sup>268</sup>.

Y es aquí donde se relaciona el art. 11.1 del estatuto fundamental salvadoreño, el cual establece que ante la toma de una decisión que afecte la esfera jurídica del gobernado, se le debe brindar al mismo la oportunidad razonable y justa de esgrimir su defensa<sup>269</sup>.

Ello ha llevado a poner en entredicho ciertas normativas administrativas como el *Régimen Temporal Especial para la Remoción de Miembros de la Policía Nacional Civil que incurran en Conductas Irregulares*, por no prever dentro de su procedimiento de oportunidades concretas para presentar pruebas de descargo y controvertir los hechos y pruebas inculporias presentadas en el procedimiento<sup>270</sup>.

Así, la SA de 23/I/2002 –ref. 74-2000– se estipuló: «...resulta imprescindible que la autoridad comunique al infractor, que ha iniciado un procedimiento en su contra, por atribuirle el cometimiento de una falta, de manera que, al tener conocimiento, éste no sólo pueda tener oportunidad de controvertir los hechos imputados, sino que además, pueda ofrecer la prueba que estime pertinente, garantizándose así su derecho de audiencia y defensa». Por ende, existe violación al referido artículo cuando a los administrados se les concede la posibilidad de esgrimir sus argumentos de descargo, cuando ya se ha tomado una decisión –por ejemplo al conocer del recurso de revocatoria–<sup>271</sup>.

Y es así que en algún fallo, se ha llegado a sostener la necesidad de concebir el procedimiento administrativo de forma contradictoria, en el que ambas partes

268. SA de 23/I/2002, ref. 74-2000.

269. SA de 28 /V/2004, SA de 7 /VI/2005 y SA de 13/10/2006, refs. 437-2003, 523-2004. y 524-2005.

270. Al respecto, se sostuvo: «se advierte que el procedimiento en ellas contenido es sumamente escueto y no prevé oportunidades concretas para presentar pruebas de descargo y para controvertir los hechos y pruebas de cargo presentadas en el procedimiento, por tanto no garantiza el principio de contradicción indispensable en un proceso de investigación. Y es que independientemente de los motivos o causas que se aleguen como justificativas de la destitución o remoción, debe cumplirse con la exigencia del proceso previo que señala el artículo 11 de la Constitución, de tal forma que se otorgue al interviniente la posibilidad de exponer sus razonamientos, controvertir la prueba en su contra y ejercer la defensa de su derecho. De ahí que, la pérdida de la estabilidad laboral no constituye una atribución discrecional de la administración estatal, sino que es una atribución reglada o vinculada por los regímenes especiales o, en última instancia, por el mismo precepto constitucional». Al efecto, véase la SA de 08/III/2007 –ref. 312-2005 – y 13/XI/2007 –ref. 336-2006–.

271. En este sentido puede verse la SA de 13/10/2006, ref. 524-2005.

procesales cuenten con los mismos medios ante la autoridad administrativa correspondiente para exponer sus argumentaciones<sup>272</sup>.

En este contexto, dentro del procedimiento sancionador administrativo, el derecho de defensa implica que: (a) debe hacerse saber al sujeto la infracción que se le atribuye; (b) facilitarle el ejercicio de sus medios defensivos como el de exponer sus razonamientos; (c) controvertir la prueba y (d) esgrimir sus alegatos de manera plena y amplia. Todas ellas, circunstancias ineludibles para el goce irrestricto del derecho de audiencia<sup>273</sup>.

Sin embargo, la SC ha efectuado una distinción en cuanto a los procedimientos sancionatorios y la forma en que el derecho de defensa debe operar en los mismos. A tales efectos, distingue entre las (a) las infracciones advertidas *in fraganti*; y (b) las infracciones advertidas *a posteriori*.

En las primeras, los actos administrativos que conforman el procedimiento suelen ser verbales y la defensa puede consistir en una presentación de los documentos pertinentes, la expresión de una argumentación tendente a negar o justificar el cometimiento de la infracción y aun la presentación de testigos. Aquí el transcurso del tiempo entre la notificación de la infracción y la realización de la audiencia no guardan relación con la posibilidad de incrementar la calidad o cantidad de los medios probatorios a aportar. En cuanto a las segundas, suponen una investigación previa a la imposición de la multa; por ende, se vuelve necesario un procedimiento más extenso que el verbal, puesto que la Administración estaría obligada a hacer constar por escrito su investigación a fin de que el administrado tenga la oportunidad de defenderse conforme el principio procesal de igualdad de armas. En estos casos, la audiencia conferida al interesado, debe ser lo suficientemente amplia para tratar de desvirtuar dicha investigación<sup>274</sup>.

Pese a estas matizaciones, conviene tener en cuenta lo ya estipulado en la trascendental sentencia de 17/XII/1992 –Inc. 3-92– si es que se desea propugnar por un relajamiento en las exigencias de derechos y garantías dentro del ámbito administrativo sancionador. Pues, en caso de conflicto entre los intereses de la Administración y el de los particulares, debe efectuarse una interpretación que mejor salvaguarde la libertad personal y la indemnidad patrimonial de los administrados<sup>275</sup>.

272. SA de 06/III/2007 y 19/X/2007, refs. 232-2004 y 500-2006.

273. SA de 12/II/2002, ref. 183-2000.

274. La Sala estipula que la diferencia procedimental entre ambas infracciones, radica en la existencia de una investigación previa y la relación que existe en el transcurso de tiempo entre la notificación de la infracción y la realización de la audiencia, con la posibilidad de incrementar la calidad y la cantidad de los medios probatorios a aportar. Al efecto, SI de 15 /III/2002, ref. 30/96.

275. SI 3/92 acum.

#### 4.2.4. La motivación de la resolución sancionatoria

Las resoluciones que pronuncien las autoridades administrativas, deben dar las razones que las mueven objetivamente a resolver en un sentido determinado, no entendiéndose como una mera cita de las disposiciones que se consideren aplicables<sup>276</sup>. En tal sentido, la obligación de motivación adquiere una connotación constitucional, pues su inobservancia incide negativamente en la seguridad jurídica y la defensa, sea en el ámbito del proceso jurisdiccional o en un procedimiento administrativo<sup>277</sup>.

Y es evidente, que al no exponerse los argumentos en que se funda la resolución o sentencia, no puede observarse el sometimiento a las autoridades a la ley, ni permite el correcto ejercicio del derecho de defensa conforme el sistema de recursos<sup>278</sup>.

En otras palabras, dicha obligación no puede considerarse cumplida con la mera emisión de una declaración de voluntad del juzgador, accediendo o no a lo pretendido por las partes en el proceso o en el procedimiento; sino que se refiere a que en los proveídos «se exterioricen los razonamientos que cimienten la decisión, debiendo ser la motivación lo suficientemente clara para que sea comprendida»<sup>279</sup>.

Tales consideraciones, han tenido su particular proyección respecto a la multa administrativa, pues su dictado no es automático; ya que deben explicarse las razones de su imposición<sup>280</sup>. En similares términos acaece con el despido<sup>281</sup>.

## V. Algunas cuestiones problemáticas acerca de la incorporación de los principios penales en materia administrativa sancionatoria

### *¿Existen principios penales que no pueden ser matizados en el ámbito administrativo sancionador?*

Para algunos autores, el traslape de garantías propias del Derecho Penal al Derecho administrativo sancionador, plantea una variedad de interrogantes en lo relativo a la forma en que habría de efectuarse tal traslación, si es necesaria la reproducción de todos los principios construidos bajo el abrigo del Derecho Penal liberal o únicamente de aquellos que resultaran más adecuados a la función administrativa.

276. Sobreseimiento de amparo de 25/IV/2006, ref. 136-2005. En tal decisión se expuso con mucha claridad lo siguiente: «existe por parte de todos los funcionarios públicos una obligación de exponer los razonamientos que cimienten la decisión que se adopta en un determinado caso concreto, dicha obligación se extiende a todo tipo de resoluciones, las cuales deben estar, en todo caso, debidamente motivadas y fundadas, no bastando para ello la mera cita de las disposiciones que se consideran aplicables».

277. SA de 10/I/2007, ref. 663-2005.

278. *Ibidem*.

279. SA de 14/XII/2006, ref. 750-2004.

280. *Ibidem*.

281. La jurisprudencia en este sentido es incesante, pueden verse las SA dictadas el 08/II/2007, 06/III/2007 y 19/X/2007, refs. 460-2005, 232-2004 y 500-2006.

Así por ejemplo Quintero Olivares afirma que la traslación de la totalidad de los principios podría generar una «esclerosis de todo el derecho sancionador» generando la consecuencia inmediata de que éste quedaría integrado al Derecho Penal, siendo su única diferencia la denominación<sup>282</sup>. Aparte de ello, no se comprende cómo puede asentarle la aplicabilidad de esos principios cuando el Derecho Administrativo carece de un ordenamiento para tales fines<sup>283</sup>. Sin embargo, él apunta una variedad de principios informadores del moderno Derecho Penal, que también deberían ser incorporados al Derecho Administrativo sancionador, entre los que enumera el de exclusiva protección de bienes jurídicos, el principio de mínima intervención, el de responsabilidad exclusiva por acciones y omisiones –al que identifica como el *dogma de acto*–.

García De Enterría al respecto réplica en cuanto al referido traslape que éste debe efectuarse con matices, lo que significa elaborar *adaptaciones funcionales* y no *derogaciones substanciales*. Y es que en la Constitución existe la garantía de libertad para el ciudadano, la cual debe ser eficaz frente a todas las instancias públicas represivas, por ello sería una burla que no operase con relación a la Administración<sup>284</sup>.

Por otra parte, recientemente Cid Moliné, apunta al problema de si las garantías establecidas en la Constitución deben ser distintas o semejantes en razón de la severidad de las sanciones. Desde esta óptica, propone distinguir entre ellas, las que suponen una severidad mínima, una gravedad intermedia y una gravedad máxima donde se encuentran las penales. Ello es distinto a la tesis mayoritaria que entiende que aunque existan diferencias cuantitativas entre las sanciones penales y administrativas, su imposición debe estar rodeada de garantías idénticas o al menos semejantes<sup>285</sup>.

Conforme a tal diferencia, en su planteamiento, estipula la siguiente clasificación: (a) las sanciones materialmente penales deben imponerse, dada su extraordinaria gravedad, con las máximas garantías, evitándose que los daños que ocasionan superen los beneficios derivados de sus efectos preventivos; (b) para las sanciones de menor gravedad, en la que es necesario un incremento del grado de certeza de la sanción, se requerirá una moderación de las garantías con las cuales se impongan tales sanciones.

A tales efectos sostiene, que la competencia en cuanto a su tramitación, sea judicial o administrativa, deberá decidirse en atención a dos criterios: la gravedad de las sanciones y la capacidad de tales órganos para desempeñar con certeza la función sancionadora. En cuanto a esto último, el Estado deberá disponer de un

282. QUINTERO OLIVARES, *La autotutela*, citado, 254.

283. *Ibidem*.

284. GARCÍA DE ENTERRÍA, *La Constitución como norma*, citado, 250.

285. CID MOLINÉ, *Garantías y sanciones: argumentos contra la tesis de identidad de garantías entre las sanciones punitivas*, 142 y ss.

aparato sancionador con capacidad para inspeccionar, sancionar y exigir el cumplimiento de las infracciones<sup>286</sup>.

Es evidente que tal planteamiento busca funcionalizar en alguna medida la certeza y eficacia de las sanciones administrativas, en particular, frente aquellos casos de menor gravedad –el estacionamiento vehicular en zona prohibida por ejemplo–. Empero, no conviene perder de vista que cada una de las garantías constitucionales que se han integrado hasta el momento al Derecho administrativo sancionador, cuentan con un núcleo duro irreductible en cualquier intento de regulación normativa. Por ende, ello debe ser garantizado mínimamente, si es que quiera actuar conforme la carta magna, y aún cuando no estemos en presencia de una grave restricción al ciudadano. Convendrá por ende, analizar caso por caso, como puede garantizarse la salvaguarda de ese núcleo esencial, pero también respetar la voluntad administrativa que se debe encaminar obviamente a la consecución de fines generales.

### 5.1. Derecho disciplinario y garantías constitucionales

Desde una perspectiva histórica, Garrido Falla sostuvo que no debía confundirse con los ámbitos de relaciones generales de poder, aquellos donde la Administración podía utilizar su potestad disciplinaria conforme a una especial relación con el subordinado. En dichos casos, la situación de dependencia no deriva necesariamente de la indiferenciada cualidad de ser administrado, sino del hecho concreto de haber entrado en contacto de una forma más inmediata y directa con la institución administrativa –sea como funcionario público, alumno de una escuela pública o universidad del Estado, del enfermo atendido en un hospital público o el reo en las prisiones, etc.–. En tales situaciones el administrado se encuentra sometido no sólo a los reglamentos generales de la policía administrativa, sino a las normas que rigen en concreto el organismo o establecimiento público al que pertenecen<sup>287</sup>.

El origen de estas relaciones puede explicarse como un acto voluntario del particular en cuanto a la aceptación del régimen –pues voluntariamente se ingresa al servicio del Estado– o por un mandato ajeno a su voluntad –sentencia que ordena ingresar a un centro penitenciario–<sup>288</sup>.

286. En tal sentido sostiene: «la opción entre administración o jurisdicción tiene que tener en cuenta: la gravedad de las sanciones a imponer y la capacidad de los respectivos órganos de desempeñar con certeza la función sancionadora. Para que la Administración pueda desempeñar con certeza la función sancionadora, y por tanto, le pueda ser atribuida la competencia, se requieren estas condiciones. En primer lugar, que disponga de unos órganos de inspección (policía administrativa) y de represión de las infracciones con especialización suficiente para proceder al control y sanción. En segundo lugar, que tales órganos están sometidos a condiciones de actuación que garanticen un grado suficiente de imparcialidad en el ejercicio de su función y que impidan otro compromiso que la salvaguarda de los bienes protegidos», *Ibidem*, 149.

287. GARRIDO FALLA, *Los medios de policía*, citado, 16 y 17.

288. De acuerdo con LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, en las relaciones de sujeción especial se trata de un vínculo singular y voluntariamente asumido, lo cual genera una relación jurídica, en la que, entre otras prerrogativas, la Administración puede ejercer su potestad sancionadora con independencia de la previa sanción penal por los mismos hechos; hipótesis que no se presenta en las relaciones Estado-ciudadano. Al respecto: *El principio non bis in idem*, 39.

No pueden dejar de reconocerse las importantes diferencias que existen entre las relaciones de supremacía general y supremacía especial, y como estas inciden en el ámbito del Derecho Penal particularmente en cuanto a los delitos que afectan a la Administración Pública.

Para algunos, la diferencia entre el Derecho Disciplinario y el Derecho Penal es pacífica en cuanto a que el carácter de sus sanciones y el fundamento que las justifican difieren en mucho al Derecho Criminal; pero conviene dejar en claro también que no se ha llegado a un claro consenso sobre las notas distintivas que existen entre las faltas disciplinarias y los delitos. De los cuales se aduce, que históricamente pertenecieron al Derecho Penal, y que fueron separados del mismo en la purificación que experimentó el Derecho Penal liberal en el siglo XIX.<sup>289</sup>

Dentro de los primeros criterios de distinción entre infracciones disciplinarias y penales, se encuentra la postura que explica las sanciones disciplinarias con un contenido más ético que represivo, ostentando entonces una finalidad correctiva aunque su gravedad y sanción sea más reducida que la de las figuras que se encuentra en el Código Penal<sup>290</sup>.

Así, Maurach/Zipf sostienen que lo ilícito disciplinario es de carácter interno y su apreciación se da aunque no haya sufrido menoscabo alguno la Administración Pública. En cambio, en el caso de los delitos de funcionarios, el bien jurídico protegido es la confianza de los ciudadanos en la pureza de la gestión administrativa<sup>291</sup>.

Esta línea de explicación no es nueva, ya desde Binding se hablaba que la sanción disciplinaria como un medio pedagógico o de advertencia para el funcionario. Por ende, se entendería al Derecho Disciplinario como un derecho de autor, puesto que no se preocupa tanto de la perturbación que el hecho produce en la vida social, como de la relajación en el cumplimiento de los deberes, la decencia y la dignidad de los funcionarios en cada uno de los aspectos de su vida, por cuya razón se refiere a la personalidad de su autor en su conjunto<sup>292</sup>.

Dicha explicación justificatoria, presenta al menos dos problemas. El primero, en cuanto a que la sanción no será determinada en cuanto a la gravedad del hecho, y ni siquiera con la culpabilidad del autor; sino que lo decisivo es la oportunidad y utilidad que brinda a la Administración su imposición<sup>293</sup>.

Por otra parte su aplicación, supone una situación sintomática de que el funcionario no es merecedor de confianza –por ende, se enfocan esencialmente en

289. MAURACH/ZIPF, *Derecho penal*, citado, 13.

290. NIETO, *Problemas capitales del Derecho disciplinario*, citado, 73.

291. MAURACH/ZIPF, *Derecho penal*, citado, 13.

292. A ello se refiere STRATENWERTH, cuando señala que la realización de una conducta contraria a las normas disciplinarias sólo le corresponde un «significado meramente sintomático». Al respecto, véase su obra: *Derecho penal, parte general I, El hecho punible*, 59.

293. STRATENWERTH, *Derecho penal, parte general I, El hecho punible*, 59.

su configuración más como un derecho de autor que de acto— en el cual la sanción tiene un fin correctivo y protectorio.

Sin embargo, Cerezo Mir critica que la sanción disciplinaria no deba guardar relación con la gravedad de la infracción, sino únicamente con la falta de probidad del funcionario, cuyo hecho se entiende como un mero síntoma<sup>294</sup>. Por tal razón, señala que entre el ilícito disciplinario y el penal no hay sino una diferencia de grado. Por ello, es que el legislador extiende la amenaza de la pena a las formas más graves de lo ilícito disciplinario, no existiendo ninguna diferencia sustancial<sup>295</sup>.

Sin embargo, como el mismo autor lo reconoce, además de las finalidades correctivas que se persiguen, la sanción procura además mantener las exigencias de prestigio y buen funcionamiento de la administración. Y conforme al alcance de tales fines, es que se utilizan técnicas normativas, enfocadas en la no descripción exhaustiva de las conductas o que no tengan una vinculación directa con una sanción determinada<sup>296</sup>.

En resumen, los dos problemas básicos que presenta el ámbito del Derecho Administrativo Disciplinario, radican en que: (a) pueda que no estén descritas de un modo exhaustivo las conductas prohibidas —lo cual puede suponer una franca violación al principio *nullum crimen sine lege*—; y (b) que al tener ambos tipos de sanciones un fundamento distinto, resultan compatibles —y pueden recaer sobre un mismo sujeto— una sanción penal y disciplinaria, lo que conlleva indefectiblemente que pueda ser sometido a un expediente disciplinario y a un proceso penal<sup>297</sup>.

Ahora bien, como se ha sostenido anteriormente —y en igual sentido como acontece con las infracciones impuestas conformes las relaciones de supremacía general de la Administración— aquí no existe ninguna razón lo suficientemente convincente para que los ciudadanos que se encuentren en una relación especial, estén sumergidos en una situación de desventaja jurídica en cuanto a sus derechos fundamentales, pese a que se alegue por parte de la autoridad gubernativa el *principio de aceptación de condiciones* por parte del súbdito.

Es por ello, que los principios enunciados *supra* también resultan de aplicación en esta sede, sin que ello implique negar la existencia de ese poder interno o doméstico; es sencillamente un intento de reconducir a tal potestad sancionadora a límites compatibles con los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución<sup>298</sup>. Y más aún, juristas como Nieto, sostuvieron en más de alguna ocasión la necesidad de jurisdiccionalizar el Derecho Disciplinario, el cual supone la intro-

294. CEREZO MIR, *Límites entre el Derecho penal y el Derecho Administrativo*, citado, 169.

295. *Ibidem*.

296. *Ibidem*.

297. NIETO, *Derecho administrativo sancionador*, 503.

298. Al respecto, CASTILLO BLANCO/ILDEFONSO HUERTAS, *La renovación dogmática del Derecho disciplinario: A propósito de las infracciones y sanciones en el personal estatutario de la seguridad social*, 8-9. También: LÓPEZ RAMÓN, *Límites constitucionales*, citado, 60-62.

ducción de las garantías y principios contemplados en la Constitución y hasta una posible jurisdiccionalización del mismo<sup>299</sup>.

En este sentido, el connotado profesor español, asevera que tal jurisdiccionalización debiera de contener los siguientes puntos: (a) definición limitativa de las infracciones disciplinarias por textos legales –o reglamentarios si es que ello es constitucionalmente posible– que sean lo suficientemente precisos para no dar lugar a alguna arbitrariedad<sup>300</sup>; (b) fijación de una escala de penas, que en la medida de lo posible refleje una correlación entre la infracción y la pena; y (c) el traspaso del poder disciplinario a un tribunal dotado de autonomía orgánica y funcional<sup>301</sup>.

Por otra parte, se ha sostenido que este ámbito opera igualmente el principio de reserva de ley aunque en muchos casos pudiera ser atenuado en razón de la facultad de autoordenación con que cuenta la Administración, lo que conlleva la concesión de virtualidad en orden a la determinación de infracciones en reglamentos e incluso en normas menores como el de los acuerdos colegiales en relación a la actividad de determinadas profesiones.

En nuestro medio, la SC ha reconocido expresamente que los órganos administrativos detentan en términos generales una potestad disciplinaria sobre los agentes que se encuentran integrados en su organización; en virtud del cual pueden aplicárseles sanciones de diversa índole ante el incumplimiento de los deberes y obligaciones que el cargo les impone. Y eso se efectúa, con el propósito de conservar la disciplina interna y garantizar el regular ejercicio de las funciones públicas<sup>302</sup>.

Sin embargo, tal ejercicio del poder disciplinario no puede ser en ningún caso arbitrario, encontrándose sometido en último término al control jurisdiccional. Así y desde una perspectiva formal, la imposición de una sanción administrativa requiere de la necesaria observancia de un procedimiento en el que se le concedan al ente administrativo amplios poderes para la investigación de los hechos y para la deducción de responsabilidades, pero en contrapartida deben reconocerse extensos derechos y garantías en cuanto a la defensa de los administrativos.

299. NIETO, *Problemas capitales*, citado, 80-83.

300. Conviene citar en este punto, la sentencia dictada por el TC español en la sentencia dictada el 15 de noviembre de 1990, en la que se analizó un tipo genérico cuyo fundamento era el «incumplimiento de los deberes y obligaciones del funcionario». Al respecto, se consideró que el art. 25 de la Constitución española –contenido del principio de legalidad– «...no tolera la aplicación analógica *in peius* de las normas penales y exigen su aplicación rigurosa a conductas que reúnan todos los elementos del tipo descrito y sean objetivamente perseguibles. De este modo, la peculiaridad originaria de las sanciones disciplinarias ha concluido por conducir a una virtual identificación de su régimen con el del resto de las sanciones administrativas. La única singularidad que hoy resta de las sanciones disciplinarias respecto de las demás sanciones administrativas, es, en su relación con las penas judiciales, la inaplicación respecto de ellas del principio *non bis in idem*, esto es, su compatibilidad con dichas penas».

301. NIETO, *Problemas capitales*, citado, 80-83.

302. En el caso particular de los miembros de la Policía Nacional Civil, la Sala se refiere a una relación de supra-subordinación.



De ahí que, la posibilidad de imponer sanciones por parte de la Administración, debe quedar sujeta a la existencia previa de un procedimiento administrativo correspondiente. Y respecto, a la categoría específica de las sanciones disciplinarias, éstas sólo pueden imponerse a una categoría concreta de personas: los *servidores públicos*, es decir, el colectivo de personas que trabajan al servicio de la Administración Pública<sup>303</sup>.

Las mismas, prestan su servicio al ente gubernamental, de acuerdo a un régimen disciplinario al que deben someterse y que está constituido por todos aquellos deberes que éste asume en relación a su cargo, los cuales tienen el carácter de obligaciones de indiscutible cumplimiento.

La finalidad de este régimen, parte de la necesidad de contar con agentes con un aceptable nivel de idoneidad acorde con las funciones encomendadas, pero también dar una respuesta adecuada a los actos ilícitos y culpables de sus funcionarios. Por ende, la inobservancia de tal estatuto, es el fundamento esencial de la materia disciplinaria, lo cual es aceptado por el funcionario al aceptar su nombramiento o designación<sup>304</sup>.

Dentro de lo anterior, uno de los principios que se soslayan en el ámbito del Derecho Administrativo Disciplinario, es el relativo a la *relación jerárquica*.

De acuerdo al mismo, existe una obligación de los agentes públicos de cumplir las órdenes de sus superiores pero dentro de ciertos límites. Así, la autoridad jerárquicamente superior puede dirigir e impulsar la acción del inferior dando las órdenes pertinentes, y el segundo obligadamente acatarla<sup>305</sup>. En más de alguna decisión, se ha sostenido que esa potestad de mando se complementa con la disciplinaria, y que acaece en toda relación de *supra* subordinación entre el Estado y los servidores públicos<sup>306</sup>.

Y esto es particularmente importante, en referencia a una de las sanciones más gravosas que en esta faceta se aplica: la *destitución*, la cual implica una afectación al derecho de estabilidad laboral.

Así, la SC sostuvo en más de algún fallo que el referido derecho fundamental, implica el derecho de conservar un trabajo o empleo, pero esto es una situación relativa ya que el empleado no tiene derecho de conservar su cargo con una completa inamovilidad, quedándole la posibilidad de conservar su cargo sin limitación de tiempo, siempre que concurren los siguientes factores: (a) que subsista el puesto de trabajo; (b) que el empleado no pierda su capacidad física o mental para desempeñar el cargo; (c) que lo desempeñe con eficiencia; (d) que no se cometa una

303 SA de 21/X/2002, ref. 110-2001.

304 SI de 23/VII/1999, ref. 6-95.

305 Improcedencia de amparo de 18/I/2002, ref. 649-2001.

306 SI de 23/VII/1999, ref. 6-95.

falta grave de las que por ley sean consideradas como causales de despido; (e) que subsista la institución para la cual se labora; y (f) el puesto no sea de aquellos cuyo desempeño requiera de confianza, ya sea personal o política. Sin embargo, y se reitera, tal despido, remoción o destitución no puede ser realizada en transgresión a la Constitución y a las leyes<sup>307</sup>.

En tales coordenadas, se han deslindado de forma relevante la destitución de la suspensión, esta última se ha distinguido como una medida para asegurar la eficacia de una posterior suspensión disciplinaria. Por ende, se constituye en una medida cautelar de prevención administrativa<sup>308</sup>. En términos explícitos: «la mera adopción de una medida cautelar, que mantenga viva la materia de un proceso administrativo mientras éste se resuelve definitivamente no implica per se privar o restringir derechos constitucionales, pues sólo persigue asegurar la eficacia práctica de la decisión definitiva que se dicte en el proceso»<sup>309</sup>.

## 5.2 Principio de culpabilidad y responsabilidad de las personas jurídicas

En el Derecho Penal salvadoreño, como en la mayor parte de los sistemas penales latinoamericanos, rige el principio *societas delinquere non potest*, en virtud del cual no se admite la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Ello no acontece en el Derecho Administrativo sancionador, donde la responsabilidad directa de las personas jurídicas es un principio generalmente admitido legal y jurisprudencialmente. Por ejemplo nuestro CTri en su artículo 233 reza: «...[l]as personas jurídicas son responsables de las infracciones por incumplimiento de las obligaciones tributarias a su cargo, sin necesidad de establecer la responsabilidad de las personas naturales que actúen por ellas».

Tal dualidad, no deja de presentar ciertos resquemores, particularmente en la traslación del principio de culpabilidad penal al ordenamiento administrativo sancionador; y es que obviamente, partiendo de cierta doctrina penalista –no tan dominante por cierto en la actualidad– no puede predicarse la culpabilidad de un ente societario.

No obstante tal paradoja, Lozano sostiene que el hecho que no pueda predicarse la responsabilidad de la persona jurídica tal y como acontece en el ámbito penal, ello no implica suprimir del ordenamiento administrativo el elemento subjetivo de la culpa; sino que este principio se ha de aplicar de forma distinta a como se efectúa en relación a las personas físicas. Esto supone entonces, efectuar ciertas modulaciones ateniendo a esa peculiar naturaleza de los entes colectivos<sup>310</sup>.

307. SA de 23/III/2006, ref. 529-2003.

308. SI de 23/VII/1999, ref. 6-95.

309. Improcedencia de amparo de 7 /XI/2000, ref. 547-2000.

310. LOZANO, *La responsabilidad de la persona jurídica en el ámbito sancionador administrativo: a propósito de la STC 246/1991 de 19 de diciembre*, 223-224.

### 5.3. La creación de un ordenamiento general administrativo sancionador en El Salvador

La incidencia de la jurisprudencia constitucional en materia de límites normativos al Derecho administrativo sancionador debe ser considerada de forma positiva y saludable. Sin embargo, se advierte que pese al dinamismo demostrado por los jueces, el legislador salvadoreño muestra una inercia sumamente preocupante, que va desde la promulgación de una nueva Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, hasta la elaboración de al menos dos instrumentos normativos de urgente necesidad: una ley de procedimientos administrativos y una que regule el uso de la potestad sancionadora de la Administración<sup>311</sup>.

Al contrario de tal desiderátum, lo que existe en la actualidad es una proliferación desmedida de infracciones administrativas sectoriales que compiten en parentesco y gravedad con los delitos, a la par del diseño de diferentes procedimientos administrativos que vuelven una tarea hartamente complicada su sistematización. En palabras de Martínez Pérez, nos encontramos ante un proceso inflacionista en el Derecho Administrativo sancionador junto con el penal, con la consiguiente necesidad de contrarrestarlo y efectuar una redistribución de materias entre un sector y otro<sup>312</sup>.

En la materia que analizamos, en virtud de la salvaguarda que merecen principios tales como la libertad, el patrimonio y la seguridad jurídica –art. 2 Cn.– se vuelve una necesidad la creación de una Ley Reguladora de la Potestad Sancionadora de la Administración, el cual pudiera contener –a modo del Código Penal– una parte general y una especial en el caso que se pudiera efectuar una apretada comprensión de todas las infracciones administrativas sectoriales. Y es que tal y como apunta, Prieto Sanchis, llama la atención que el Derecho Administrativo sancionador no sea un derecho codificado a diferencia del penal<sup>313</sup>. Diferencia que supone todo un reto a superar.

Ahondando el tema, deben tenerse en cuenta las ideas que apunta Torío López, al afirmar que una reforma legal debe desarrollar un sistema general de infracciones y sanciones administrativas, que permita superar la anarquía existente a nivel jurídico-administrativo, pero que también respete los postulados inherentes al debido proceso legal. Y es un proceso que debe culminar, hasta que sea impres-

311. Sobre el primero, la escasa doctrina administrativista nacional ha puesto de relieve lo siguiente: «...la inexistencia en El Salvador de una Ley que regule con carácter general el actuar de la Administración determina una grave situación e inseguridad jurídica». Si ello se dice de una necesaria Ley de Procedimientos Administrativos, que no se podría afirmar de una Ley Reguladora de la Potestad Sancionadora de la Administración. Al efecto, véase: AYALA Y OTROS, *Manual de Justicia Administrativa*, 275.

312. MARTÍNEZ PÉREZ, *La inflación del Derecho Penal y del Derecho administrativo*, 199.

313. PRIETO SANCHIS, *Jurisprudencia constitucional*, citado, 103.

cindible la intervención del legislador en esta materia, tal y como se realiza en el derecho comparado<sup>314</sup>.

Tales recomendaciones, deben ir aparejadas en la construcción de una dogmática propia del ilícito administrativo, que permita racionalizar la respuesta sancionatoria estatal también en tal rubro. Un intento que no debe considerarse inútil.

## **VI. La convergencia de la potestad sancionatoria administrativa y de la jurisdicción penal en el ordenamiento jurídico salvadoreño**

Las relaciones entre el Derecho Administrativo Sancionador con el Derecho Penal, pueden acaecer en diferentes materias y en relación a la protección de determinados intereses sociales, en los que la yuxtaposición no meditada o asistemática de ambas materias origina una variedad de cuestiones altamente problemáticas que van desde la técnica legislativa utilizada en la formulación de los tipos penales –normas penales en blanco o la configuración de delitos de peligro abstracto cuyo fundamento sea esencialmente la infracción de una norma administrativa– hasta la posibilidad de ser regulado un mismo hecho en ambas parcelas jurídicas, permitiendo aperturar dos procedimientos sancionatorios en cada una de ellas.

De inicio, conviene identificar ciertas materias en el Código Penal en las que existe una convergencia normativa con el Derecho Administrativo, y ello en razón de que ciertas situaciones socialmente nocivas pueden ser reguladas por ambas disciplinas. Adicionalmente, puede acontecer que los ordenamientos extra-penales, se fijen ciertas condiciones que permitan o no un procedimiento penal simultáneo al administrativo.

Como se ha visto en las páginas anteriores, la duplicidad sancionatoria, surge desde la paulatina conformación de la Administración Pública como un aparato burocrático, cuya finalidad primordial es la ejecución de políticas públicas, desarrollándose bajo su seno una potestad sancionadora distinta a la potestad punitiva del Estado que se ejerce mediante los tribunales penales, llegando a la posibilidad de sancionar en ambos frentes, lo cual ha sido aceptado por mucho tiempo tanto por la legislación como por la jurisprudencia penal y administrativa<sup>315</sup>.

En nuestro país, esto ha sido expresamente reconocido en distintas disposiciones administrativas diseminadas en diferentes cuerpos legales, que reconocen la clara autonomía de la potestad sancionatoria con relación a la jurisdicción penal.

En tal sentido, la Administración puede procesar y sancionar a un administrado, con total independencia de la judicatura penal, y sin vinculación del pronun-

314. TORIO LÓPEZ, *Injusto Penal e injusto Administrativo*, citado, 2529.

315. Al respecto: RIVAS SEVA, *El principio non bis in idem y su significación actual en el Derecho administrativo sancionador*, 177-179.

ciamiento que la última pudiera efectuar, cuando se encuentre ante un ilícito administrativo que muestre clara coincidencia con un delito. Los casos en que ello ocurre no son pocos, al contrario, es posible identificar ciertas materias reguladas en el estatuto punitivo nacional, en la que es palpable la intersección de ambos ordenamientos. Esto lo veremos a continuación –enumerados obviamente sin pretensión de exhaustividad–:

### 6.1 Tráfico vial

El Código Penal regula en su artículo 147-E el delito de conducción temeraria, el cual supone la conducción de un vehículo automotor en estado de ebriedad o bajo efectos de drogas que incidan en sus facultades psicomotrices, disputar la vía entre vehículos o realice competencias de velocidad en lugares no autorizados. La disposición es clara en cuando a los extremos de la prohibición: (a) tal conducta sea realizada en contravención a la normativa administrativa pertinente; y (b) suponga una puesta en peligro efectiva a la vida o integridad física de la persona<sup>316</sup>.

Sin embargo, en relación al primer extremo señalado, se destaca la dependencia aplicativa de este precepto con relación al Reglamento de Tránsito, el cual también regula una serie de infracciones administrativas que coinciden claramente con los supuestos descritos en el tipo.

En otras palabras, cada uno de los supuestos de hecho contemplados en la disposición penal, constituyen también una infracción reglamentaria de acuerdo a lo estipulado en el art. 117 de la Ley de Transporte Terrestre, Tránsito y Seguridad Vial<sup>317</sup>.

De tales producciones normativas, se advierte la necesaria complementación del tipo penal conforme a la regulación normativa en comentario, y que acace al momento de realizar el obligado juicio de tipicidad por parte de la autoridad judicial –lo que se conoce como accesoriedad normativa–. Pero lo más controvertido, es que resulta factible tanto la aplicación de una sanción administrativa como de una sanción penal ante un mismo supuesto. A lo que también cabría añadir, que tanto en el ámbito administrativo como en el penal, se plantea la posibilidad sancionatoria de privar del derecho de conducir vehículos automotores o de obtener una licencia para tales efectos–art. 61 CP–. En palabras sencillas, las consecuencias jurídicas también son similares en ambas normativas.

316. Sobre lo anterior: DÍAZ CASTILLO, Implicaciones constitucionales, penales y procesales derivadas de la criminalización de la conducción temeraria, Tesis de Maestría, UCA, San Salvador, 2008. SAGASTUME GALÁN, «Conducción temeraria de vehículo de motor», Actualidad, N°2, 2006.

317. Infracción N° 70: Disputarse la vía con otro vehículo; infracción N° 99: Utilizar la vía pública para realizar competencias automovilísticas sin autorización. Infracción N° 100: Conducir el vehículo bajo los efectos de bebidas embriagantes, estupefacientes o enervantes. De igual forma, el art. 172 del Reglamento General de Tránsito y Seguridad Vial, al fijar las conductas que hacen que un conductor sea estimado como temerario, incluye cuando menos la conducción de los vehículos bajo los efectos de las bebidas embriagantes o de drogas, así como la realización de competencias de velocidad.

## 6.2. Salud pública y alimentaria

En el ámbito de salud pública y alimentaria, el Código Penal regula claramente delitos que se relacionan con el tráfico de sustancias nocivas o productos químicos de naturaleza farmacológica, así como respecto al despacho o comercio de medicinas, alternación de sustancias medicinales, así como la fabricación y comercio de alimentos nocivos y el envenenamiento, contaminación o adulteración de aguas y sustancias alimenticias –arts. 272 al 277 CP–.

Un denominador común de tales regulaciones es la falta de autorización administrativa para desarrollar las mencionadas actividades, lo cual requiere obviamente la remisión al Código de Salud, que estipula el órgano estatal que brinda el aval así como el procedimiento para ello.

De igual forma se estipulan una variedad de infracciones administrativas que pueden coincidir con los delitos anteriormente mencionados, particularmente en lo que se refiere a los hechos más graves –arts. 284 al 286 del Código de Salud–, los cuales en casos extremos pueden dar lugar hasta la suspensión del ejercicio profesional en un lapso de uno a cinco años o la clausura temporal o definitiva de la clínica o nosocomio –art. 287 del Código de Salud–.

Un dato interesante en tal regulación administrativa –y que se advertirá con ligeros matices en las regulaciones administrativas salvadoreñas– es lo relativo a que la aplicación de una sanción administrativa deviene de la comprobación de una responsabilidad de carácter netamente profesional, y que se distingue de la responsabilidad civil o penal. Así en el artículo 288 se estipula lo siguiente:

«...la autoridad de Salud competente no estarán obligadas a esperar los resultados de cualquier proceso penal que se estuviere instruyendo como consecuencia de la infracción para emitir su fallo. (...) Cuando de los hechos investigados por la autoridad de Salud competente, resultare un delito por comisión u omisión; estos organismos deberán hacerlo del conocimiento de las autoridades judiciales por medio de aviso escrito; para que inicie la instrucción. Asimismo cuando un tribunal instruyere informativo contra un profesional de los sujetos a este Código y sus Reglamentos: deberá informarlo a la autoridad administrativa respectiva. (...) Las sentencias pronunciadas por el Consejo, Ministerio o las Juntas no surtirán efecto en lo penal, pero los fallos condenatorios de los Tribunales Judiciales, tendrán pleno efecto para que estos organismos pronuncien la suya, aún cuando la resolución previa fuere absolutoria»<sup>318</sup>.

318. Adicionalmente el párrafo último del art. 288 del Código de Salud, habilita a que la Administración en el ramo de salud, pueda decomisar materias primeras, productos, instrumentos, materiales, objetos, equipos y aparatos que se hubieren empleado o provengan de la infracción cometida, a no ser que pertenezca a un tercero no responsable. Cuando lo aprehendido no sea de lícito comercio, la autoridad competente lo retendrá aún cuando aparezca ser de un tercero.

Un caso especial en materia de salud pública, lo constituye la regulación efectuada en la LERARD –Ley Reguladora de las Actividades Relativas a las Drogas– la cual es una ley especial de carácter mixto –es decir, penal y administrativa– que inicia considerando droga toda aquella sustancia definida como tal por convenios internacionales y por la legislación interna –Código de Salud u otra normativa infra-legal, art. 13 LERARD–, pero también a la que indistintamente de su grado de pureza actúa sobre el sistema nervioso central y determina una modificación de los estados de consciencia, causando a la vez dependencia –art. 2 LERARD–<sup>319</sup>.

La ley en referencia, estipula claramente una variedad de prescripciones de carácter administrativo que se relacionan con el cultivo, producción, importe, almacenamiento y elaboración de drogas –arts. 16 al 25– siendo uno de los elementos esenciales de los delitos contemplados en el Capítulo IV, el no contar con la referida autorización legal. Ello es advertible con suma nitidez en los artículos del 31 al 34, donde se establece de inicio «el que sin autorización legal».

### 6.3. Medio ambiente

Es evidente que la mayor parte de tipos penales contemplados en Capítulo II del Título X del Código Penal –delitos relativos a la ordenación del territorio, la protección de los recursos naturales y al medio ambiente– requieren una ineludible puesta en relación con la ya de por sí extensa regulación administrativa medio-ambiental. Y ello empieza desde el art. 255, cuyo *nomen iuris*, hace referencia a la contaminación ambiental sin aludir a que se refiere con ello.

Es imprescindible entonces, remitirse al art. 5 de la LMA –Ley de Medio Ambiente– para su definición: «la presencia o introducción en el ambiente de elementos nocivos a la vida, la flora o la fauna, que degraden la calidad de la atmósfera, del agua, del suelo, de los bienes y los recursos naturales en general».

Aunado a lo anterior, el referido tipo penal, es claro en señalar que la conducta de provocar o realizar directa o indirectamente emisiones, radiaciones o vertidos, debe constituir al menos alguna de las conductas reguladas en el art. 86 LMA.

Adicionalmente a ello, la agravante del art. 256 CP, en la que se castiga el funcionamiento de una empresa sin el correspondiente permiso ambiental, debe relacionarse con el art. 60 LMA que estipula la necesidad de permiso para toda aquella persona natural o jurídica que use, genere, recolecte, reutilice, recicle, comercialice, transporte sustancias, residuos o desechos peligrosos. De igual forma, si es explotación forestal, se requiere de un permiso conforme los términos establecidos en el art. 33 de la Ley Forestal.

319. Sobre lo anterior: RUEDA, *Consideraciones sobre los delitos relativos a las drogas*, 154-156.

Como en los casos anteriores, los reenvíos a las normas administrativas ambientales se multiplican. Así, la depredación de bosques o áreas protegidas –castigada en el art. 258 CP– requiere ineludiblemente la remisión al art. 5 LMA como el art. 10 de la Ley de Áreas Naturales Protegidas–.

Pero quizás el ejemplo más paradigmático de un reenvío sucesivo, se advierte en los tipos penales contemplados en los arts. 259 y 261 CP, los cuales hacen referencia a la corta, tala, quema, recolecta o comercio de flora, así como a la caza o pesca de fauna protegida, agravándose la sanción cuando cualquiera de ambos supuestos se encuentre en peligro de extinción.

Lo problemático de estas figuras típicas, es la necesidad de efectuar una interpretación sistemática con lo establecido en el art. 4 literal m) de la Ley de Conservación de la Vida Silvestre, para definir qué se entiende como especie amenazada o en peligro de extinción. Pero la identificación de cada supuesto específico, requiere la obligada remisión al Listado Oficial de Especies de Vida Silvestre Amenazadas o en Peligro de Extinción, actualizado el 11-V-2009 y con vigencia al 11-V-2013. Tal listado, regula especies de fauna que van desde insectos, corales, peces, aves, reptiles, mamíferos y plantas.

Por último, conviene hacer referencia, a la muy breve vigencia del ya derogado 263-A CP, el cual estipulaba el necesario cumplimiento de una condición objetiva de procesabilidad en estos delitos. Así, la disposición establecía:

«[l]a acción proveniente de cada uno de los delitos comprendidos en el presente capítulo, solamente podrá promoverse después de que la autoridad administrativa competente haya concluido los procedimientos correspondientes de conformidad con la Ley de Medio Ambiente».

Tal disposición, se encontraba en consonancia con el todavía vigente art. 105 LMA, el cual estipula que «[e]l que como consecuencia de infringir las disposiciones establecidas en la presente ley incurriere en delito, será sancionado de conformidad a lo establecido en el Código Penal».

Al respecto, no dejan de saltar ciertas interrogantes interpretativas, en cuanto a que tal derogatoria supone la posibilidad de iniciar un procedimiento administrativo por parte del Ministerio de Medio Ambiente, y que el mismo pueda dar lugar de forma simultánea o sucesiva a un proceso penal que concluya en una condena o absolución.

Distinto es el caso contemplado en el art. 44 de la Ley Forestal, donde se enumera un orden de prelación entre las acciones administrativas y penales, decanándose inicialmente por la primera<sup>320</sup>. Una vez concluida se hará del conocimiento de la Fiscalía General de la República.

320. «Art. 44.- En caso de que la infracción forestal diere origen a un hecho delictivo tipificado como delito en el Código Penal, la autoridad forestal lo hará del conocimiento de la Fiscalía General de la República, una vez se

#### 6.4. Regulación económica y del mercado

En materia de orden económico, el Código Penal regula en su capítulo segundo del Título IX los denominados *delitos socio-económicos*, los que ordena en cuatro familias que se corresponden a la protección penal de la propiedad industrial, las insolvencias punibles, los delitos que afectan a las condiciones laborales mínimas y a la hacienda pública. Último supuesto que merece un tratamiento aparte.

Enfocándonos de forma particular en el orden económico como objeto de protección penal –es decir, la potestad estatal reguladora que disciplina el libre flujo de bienes y servicios– éste resulta penalmente protegido mediante conductas que afectan el libre mercado como acontece con los delitos de acaparamiento, uso de pesas o medidas alteradas, agiotaje, propalación falsa, competencia desleal, desviación fraudulenta de clientela, ventas ilícitas y defraudación a la economía pública –arts. 232 al 240-A CP<sup>321</sup>.

Sin embargo, algunas de estas conductas tienen su correspondiente equivalencia en la Ley de Protección al Consumidor –LPC–, como acontece con el uso de pesas o medidas alteradas, delito que puede entrar en relación con el art. 44 literal a) –«ofrecer al consumidor bienes o productos vendidos o cuya masa, volumen y cualquier otra medida especificada en los mismos se encuentre alterada»–.

Mención aparte merece en esta materia, lo estipulado en el art. 40 de la LPC, que estipula que las infracciones ahí enumeradas darán lugar a una exclusiva responsabilidad administrativa, sin perjuicio de las responsabilidades civiles, penales y de otro orden en que pudiera incurrir el responsable.

#### 6.5. Ámbito tributario

El Capítulo IV del Código Tributario –CTri– establece un régimen sancionatorio cuya base lo constituye el hecho ilícito tributario –art. 226– consistente en una acción u omisión que implique la violación de normas tributarias o el incumplimiento de obligaciones de la misma naturaleza, contenidas en dicha ley o en otras de la misma naturaleza.

Así desde el art. 235 al 255 CTri se regulan una serie de infracciones que pueden tener coincidencia con las reguladas en el art. 249 y siguientes del CP. Particularmente en lo relativo a la evasión de impuestos.

No obstante ello, en la mencionada materia de evasión, la distinción entre el ilícito tributario administrativo y el penal, se ha efectuado conforme al monto

---

haya concluido el procedimiento administrativo correspondiente».

321. Sobre el bien jurídico protegido en los delitos socio-económicos: MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Derecho Penal Económico, parte general*, 96 y ss.; TIEDEMANN, *Manual de Derecho Penal Económico, parte general y especial*, 215 y ss.

de las cantidades monetarias defraudadas. Así, si las cantidades monetarias que corresponden al impuesto sobre la renta son menores a cien mil colones, ello constituye una falta administrativa; y de tal cantidad en adelante, la persecución se encuentra sujeta al ámbito de la jurisdicción penal, agravándose la sanción cuando excedan de tres y quinientos mil colones –arts. 249-A CP párrafos segundo, tercero y cuarto–. Cantidades que también se tienen en cuenta en relación al impuesto de transferencia de bienes muebles y a la prestación de servicios –párrafo último del art. 249-A CP–.

Un aspecto sumamente importante en cuanto a la regulación que efectúa el CTri es en lo relativo a la suspensión del procedimiento administrativo una vez efectuada la tasación o la comprobación efectiva de un delito tributario.

En tal sentido, el art. 251-A CP, estipula que la Administración tributaria se abstendrá de proseguir el procedimiento administrativo, poniendo de conocimiento lo acontecido a la Fiscalía General de la República y enviándole todo lo sustanciado por la Dirección General de Impuestos Internos.

En dado caso, la sentencia del juez penal sea condenatoria, no se sustanciará expediente administrativo alguno.

Empero, tal regulación establece claramente dos excepciones: (1) si el monto defraudado es menor a la cantidad monetaria que se requiere para la existencia del delito, ello no libera al administrado de su responsabilidad tributaria. Al efecto, el juez correspondiente deberá certificar lo conducente a la Administración Tributaria, es decir, para que siga con la tramitación del respectivo expediente, y (2) el pronunciamiento judicial de inexistencia de responsabilidad penal, no inhibe a la Administración Tributaria de determinar la responsabilidad del contribuyente en dicha sede, a fin de liquidar el impuesto y los accesorios respectivos –párrafos penúltimo y último del art. 251-A CP–.

Efectuando un somero comentario a esta regulación, podemos advertir –y ello es lo positivo– que se trata de un caso aparte de la tradicional regulación salvadoreña, y que la misma norma se encarga de identificar como un caso de prejudicialidad. Ello significa que no podría existir una duplicidad de sanciones administrativas –penales y tributarias– sino que únicamente deberá imponerse una de ellas.

De igual forma, en el caso que sea una sentencia penal condenatoria, ello elimina la posibilidad de un doble juzgamiento en ambas sedes.

Lo que sí es criticable, es la posibilidad de abrir un expediente administrativo, aún y cuando no se haya comprobado plenamente la responsabilidad penal, lo cual supone una continuación del procedimiento sancionatorio suspendido y una clara afrenta tanto al principio de cosa juzgada como del *ne bis in idem* como tendremos ocasión de ver más adelante.

## 6.6. Armas de fuego

Tanto el artículo 346 CP –tenencia, portación o conducción de armas de guerra– como el relativo al 346-B –tenencia, portación o conducción ilegal o irresponsable de armas de fuego– requieren la ineludible complementación con lo establecido en la Ley de Control y Regulación de Armas de Fuego, Municiones, Explosivos y Artículos Similares–.

Tal integración resulta necesaria desde la definición administrativa de lo que se entiende por arma de fuego –art. 5– y de que la situación de posesión y tenencia no se encuentre autorizada por parte de la Administración mediante una licencia o una matrícula –arts. 3 y 4 de la referida ley–.

A tal efecto, alguna de las infracciones administrativas de naturaleza menos grave es portar un arma sin licencia de uso o matrícula –art. 68 num. 1º y 2º– lo cual es coincidente con el supuesto de hecho establecido en el literal a) del art. 346-B CP.

Tal identidad fáctica, también acontece en relación al literal b) de la referida disposición penal, que castiga la portación de un arma de fuego en los lugares prohibidos legalmente, en estado de ebriedad o bajo los efectos de sustancias psicotrópicas.

Situaciones que también se encuentran reguladas como faltas graves –aunque sin referencia alguna al uso de estupefacientes– en los numerales 1º y 2º del art. 68 de la Ley de Control y Regulación de Armas, Municiones, Explosivos y Artículos Similares.

A tales efectos, la delimitación de la prohibición se encuentra sujeta a lo que prescribe el art. 62 de la Ley de Armas:

«...[s]e prohíbe la portación de armas de fuego, en instituciones públicas, centros sociales, culturales y educativos, restaurantes, hoteles, pensiones, bares, barras show, expendios de bebidas alcohólicas, cervecerías, billares, plazas, gasolineras, parques de esparcimiento o diversión y áreas naturales protegidas, así como cuando participare durante la realización de espectáculos públicos, desfiles, manifestaciones o protestas públicas, reuniones cívicas, religiosas y deportivas»<sup>322</sup>.

322. Tal disposición igualmente establece: «El propietario o representante legal de cualquiera de las instituciones, negocios, o establecimientos señalados en el inciso anterior podrá colocar en lugares visibles, rótulos que señalen dichas prohibiciones y contar con lugares seguros para su depósito (...) De igual forma se prohíbe aceptar en depósito armas de fuego en bares, barras show, expendios de bebidas alcohólicas, cervecerías o cualquier otro sitio de similares características. (...) Asimismo se prohíbe la portación de armas automáticas y semiautomáticas, revólveres y pistolas semiautomáticas, fusiles y carabinas de acción mecánica o semi-automáticos y escopetas, dentro de vehículos del transporte público de pasajeros en servicio, limitándose a la conducción de éstas debidamente descargadas».

En el caso de la armas de guerra, el art. 346 CP, establece que son aquellos instrumentos mecánicos, electrónicos, termo-nucleares, químicos o de otra especie, asignados a la fuerza armada, al órgano policial o cuya tenencia, portación o conducción no le es permitida a los particulares de acuerdo a la ley respectiva.

Disposición que requiere de forma ineludible cotejar con lo estipulado en el art. 6 de la Ley Administrativa en comento:

«se entenderá por armas de guerra, las pistolas, fusiles y carabinas que poseen cadencia de fuego para disparo automático; así como las clasificadas como de apoyo liviano, pesado, explosivos, minas y granadas de uso militar, como también las armas especiales y granadas de uso policial».

Prohibición que igualmente tiene su correlativa correspondencia con una infracción de naturaleza muy grave contemplada en el núm. 11 del artículo 68.

Al igual que otros ordenamientos administrativos salvadoreños, la Ley de Armas también estipula que la responsabilidad administrativa por hechos que comprende, es independiente a la responsabilidad civil o penal que también pudiera exigírsele al infractor –art. 67 párrafo primero–.

### **6.7. Régimen laboral de los servidores públicos y el ejercicio de determinadas profesiones**

El régimen particular, tanto del ejercicio de profesiones reglamentadas como el régimen disciplinario de los servidores públicos, merece una atención especial por tratarse de un ámbito donde las relaciones de supremacía especial de la Administración pública son más que evidentes, pero donde también –conforme a la aplicación del Código Penal– pueden imponerse penas.

De inicio, el estatuto sustantivo nacional, plantea dentro de sus consecuencias jurídicas, la posibilidad de imposición de penas de inhabilitación absoluta como la pérdida de empleo o cargo público en el caso que sean funcionarios o empleados estatales quienes cometan un ilícito, y aún la incapacidad de optar a los mismos (arts. 46.1 y 58. 2 y 3 CP).

Sanciones que también puede efectuar la Administración ante el cometimiento de una falta administrativa grave –Por ejemplo: art. 41 literal g) de la Ley Servicio Civil, art. 49 literal c) de la Ley de la Carrera Judicial o el art. 12 literal c) de la Ley Disciplinaria Policial–.

En el caso de determinadas profesiones –particularmente de la medicina o el ejercicio de la abogacía y el notariado– se regulan específicas inhabilitaciones especiales como acontece en las lesiones culposas –art. 146 CP–, denegación de asis-

tencia sanitaria –art. 176 CP–, delitos relativos a la salud pública –arts. 271 al 275 CP– celebración de matrimonio legales –art. 194 CP– y el patrocinio infiel –arts. 314 CP– entre otros ejemplos.

Un aspecto común de todas las regulaciones relativas a los servidores públicos –sean éstos funcionarios de primero o segundo rango o empleados– es la regla expresa que la responsabilidad administrativa es independiente de otro tipo de responsabilidad penal, civil o de otro tipo –v. gr. art. 41 párrafo primero de la Ley del Servicio Civil; art. 3 de la Ley Disciplinaria Policial, arts. 55 y 56 de la Ley Orgánica de la Fiscalía General de la República–. Ello significa la posibilidad de que exista una duplicidad de procedimientos sancionatorios en los que pueda imponerse en su caso dos sanciones –penal y administrativa–, una sola o ninguna en cada uno de ellos.

### 6.8. Régimen penitenciario

Una herramienta esencial que asegura tanto el orden como la convivencia dentro del ámbito de los establecimientos penitenciarios es sin duda el régimen disciplinario. El mismo puede definirse como aquél conjunto de normas que regulan las infracciones que los internos pueden cometer dentro de su estancia en prisión y en el que estipulan las consecuencias sancionatorias que pueden dictarse por ello, conforme a un procedimiento del cual conoce una autoridad administrativa –en nuestro caso: la junta disciplinaria, art. 354 RGLP–.

La finalidad básica que persigue la aplicación de la potestad sancionatoria en esta sede, de acuerdo a lo estipulado en el art. 352 RGLP, es posibilitar la ordenada convivencia de los internos, de tal forma que el orden y la disciplina posibilite conseguir los fines resocializadores que establece la Constitución –reeducación y reinserción social–. Sin embargo, nos encontramos en un área sensible a la vulneración de derechos fundamentales de los reclusos, lo cual se advierte inicialmente en la naturaleza de algunas sanciones disciplinarias como el internamiento en celda individual por treinta días –¿prisión dentro de la prisión?–; la cual no deja de plantear ciertas dudas sobre la compatibilidad constitucional de tal sanción administrativa con lo estipulado en el art. 14 Cn., el cual únicamente faculta la potestad sancionadora a imponer el arresto hasta por un máximo de cinco días.

Aunado a ello, resulta discutible que sea el ordenamiento reglamentario el que fije los supuestos típicos y no la LP, la cual únicamente estipula el catálogo de sanciones a imponer. En tal sentido, cabe una discusión constitucional en el tópico relativo a si en este sector del ordenamiento opera en toda su dimensión el principio de reserva de ley (art. 86 Cn.).

Por último, cabe también la posibilidad del castigo penal y administrativo por situaciones reguladas tanto por el Código Penal como por el RGLP, así por

ejemplo con el delito de evasión –art. 317 CP y la falta muy grave contemplada en el numeral 11 del art. 359 RGLP–.

Como se ha visto en las líneas anteriores, no puede discutirse la legitimidad constitucional de la potestad doméstica que tiene la Administración, particularmente cuando existe de por medio una relación jurídico-penitenciaria con quienes se encuentren bajo su resguardo como condenados o preventivos, y aun con las personas que se relacionen de forma ocasional con el sistema carcelario como acontece con los visitantes<sup>323</sup>. Y ello supone una serie de prerrogativas de incidencia más amplia en la integridad de los reclusos o en sus derechos fundamentales –traslados, reubicaciones, registros, etc.– y en contrapartida un deber de mayor tolerancia de los segundos –no se requiere su consentimiento– so pena que la no aceptación de tales condiciones, pueda hacerlos merecedores de una sanción disciplinaria<sup>324</sup>.

Pero pese a lo anterior, debe reconocerse que la finalidad de la sanción disciplinaria en el ámbito penitenciario, únicamente tiene como exclusiva finalidad el mantenimiento de la armonía, la seguridad y la vida interna del centro de reclusión<sup>325</sup>. Más allá de tales fines, debe reputarse ilegal su imposición

Adicionalmente, la sustanciación del expediente disciplinario requerirá la estricta observancia de cada uno de los derechos y garantías contemplados en la Constitución de la República citados en líneas atrás, pudiendo ser sometido a un control *a posteriori* por parte del Juez de Vigilancia Penitenciaria<sup>326</sup>.

Vistas las imbricaciones que puede tener el Derecho administrativo sancionador con el Derecho Penal, conviene detenerse a examinar más allá de los problemas de accesoria normativa –es decir, normas penales en blanco o la problemática de los delitos de peligro abstracto cuya *ratio essendi* suponga meras infracciones administrativas– a los problemas que se relacionan con la duplicidad sancionatoria ante hechos comprendidos en ambos sistemas jurídicos, y que permitan imponer una doble sanción o la posibilidad de aperturar de forma simultánea o sucesiva dos procedimientos –penal y administrativo– con soluciones que pueden resultar divergentes y hasta cierto punto contrarias a la seguridad jurídica.

Se trata en suma, de contrastar la solución normativa imperante en El Salvador, acerca de la compatibilidad entre sanciones penales y administrativas por un mismo hecho con el principio constitucional del *ne bis in idem*; el cual tiene expreso reconocimiento en el art. 11 de la Constitución cuando establece:

323. Para el caso, las últimas reformas efectuadas al art. 14 LP, estipulan sanciones –como la suspensión del ingreso a un centro penitenciario– para quienes incumplan cualquiera de las prohibiciones estipuladas en el art. 14-C.

324. Basta una detenida lectura del párrafo último del art. 355 RGLP para darse cuenta de ello: «[l]os hechos que pudiesen ser constitutivos de delitos o faltas podrán ser también sancionados disciplinariamente cuando el fundamento de la sanción sea conservar la seguridad y el orden del establecimiento».

325. Sobre lo anterior, BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE Y OTROS, *Manual de Derecho Penitenciario*, 283-284.

326. En relación a los principios constitucionales aplicables en el ámbito penitenciario. TAMARIT SUMALLA Y OTROS, *Curso de Derecho penitenciario*, 218 y ss.

«[n]inguna persona puede ser privada del derecho a la vida, a la libertad, a la propiedad y posesión, ni de cualquier otro de sus derechos sin ser previamente oída y vencida en juicio con arreglo a las leyes; ni puede ser enjuiciada dos veces por la misma causa».

A ello nos referiremos en los capítulos siguientes.

## VII. El *ne bis in idem*. Cuestiones históricas, consagración en el marco normativo de los derechos humanos, y su desarrollo jurisprudencial nacional e internacional

### VIII. Cuestiones terminológicas

El principio *ne bis in idem* –conocido en la actualidad también como la inadmisibilidad de la múltiple persecución y del doble juzgamiento– es uno de los principios más antiguos de la historia, cuyo pristino reconocimiento aparece en la civilización helénica, y con una consecuente consolidación en la sociedad romana<sup>327</sup>.

Así dentro del ámbito del Derecho romano el aforismo latino *bis de eadem re ne sit actio* –también expresado como *bis de eadem re agere non licet*– supuso la prohibición de promover un nuevo juicio a través de una segunda demanda sobre la misma materia para la misma o diferente acción.

En la actualidad, tal aforismo, se conoce de forma abreviada como *ne bis in idem* o *non bis in idem*, términos que se utilizan de forma indistinta por diversos autores dependiendo tanto de la costumbre jurídica como de las preferencias de quien lo utiliza.

Sin embargo, autores como Bertelotti, establecen la conveniencia de utilizar la partícula *ne* al inicio del brocardo, siendo impropio el uso del término *non* pues éste únicamente debe ser utilizado para negar hechos reales<sup>328</sup>.

Es así que el término *ne* se encuentra más acorde al lenguaje prescriptivo que se utiliza en los textos jurídicos –*ne procedat iudex ex officio, ne est iudex ultra petita, etc.*–<sup>329</sup>. Y es el término que se utilizará de aquí en adelante.

Por otra parte, León Villalba, agrega otra razón por la que se ha mostrado preferente del uso del término arriba citado, y es que las primeras referencias históricas, utilizan el término *ne* en lugar de *non* concretamente en la cita de Quintiliano:

327. MAIER, *Derecho Procesal Penal argentino*, 2º Edición, Tomo I, 596.

328. BERTELOTTI, «El principio *ne bis in idem* desde una perspectiva histórica-comparada», en: A.A.V.V., *Las garantías penales y procesales. Enfoque histórico-comparado*, 106.

329. Distinto, LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, quien manifiesta que al castellanizar la expresión, si se utiliza la conjunción «ne», ello significa «para que no dos veces por lo mismo», mientras que si utilizamos la frase «non», ello significa «no dos veces por lo mismo». Al respecto: *El principio non bis in idem*, 17.

*solet et illud quaeri, quo referatur, quod scriptum est: bis de eadem re ne sit actio id est, hoc bis ad actores an ad actionem.*

En la misma, la conjunción *ne* desempeña una función completiva que requiere la presencia de un verbo de impedir o de prohibición implícito en la frase<sup>330</sup>.

Sin embargo, sea cual fuere la denominación que se utilice del referido principio, lo importante es comprender que su significado esencial es no *–ne–* dos veces *–bis–* por lo mismo *–idem–*.<sup>331</sup>

## IX. Antecedentes históricos

### 9.1. Grecia y Roma

Como se señaló al inicio, los primeros antecesores parten de los sistemas de enjuiciamiento griego y romano. En el primero, se permitía la realización de los juicios en contumacia. Sin embargo, una vez presentado el demandado dentro de los diez días posteriores al dictado de sentencia en ausencia, el juicio se anulaba aunque podía efectuarse uno nuevo.

*En Roma, aparece la figura del abandono de la acusación –tergiversatio– el cual impedía un nuevo enjuiciamiento por parte del actor que desistía, pero ello no obstaba a que otro ciudadano reprodujera por su cuenta la acusación; pues al no haber sentencia no había absolución. Sin embargo, el acusador podía requerir la finalización del juicio y el pronunciamiento absolutorio para proseguir luego la acusación por calumnia<sup>332</sup>.*

*Bajo el imperio romano, aparece la cognitio extra ordinem y es donde el principio en estudio aparece con todo detalle en las máximas propuestas por el citado Marco Fabio Quintiliano quien en el siglo I de nuestra era en sus Institutiones sostenía la regla del bis de eadem ne re sit actio –no sea dos veces la acción por la misma cosa–, e igualmente en sus Declamationes: bis de eadem re agere ne liceat –no es lícito accionar dos veces por la misma cosa–<sup>333</sup>.*

*Ello influyó claramente en la lex repetundarum, en la que se fijó el principio de que la sentencia ponía fin siempre al proceso, de manera que no se podía someter el hecho nuevamente a juicio. De acuerdo con Manzini, su irrevocabilidad se mantenía incluso cuando estaba fundada en datos erróneos o*

330. LEÓN VILLALBA, *Acumulación de sanciones penales y administrativas*, 35.

331. CANO CAMPOS, *Non bis in idem, prevalencia de la vía penal y teoría de los concursos en el Derecho administrativo sancionador*, 192.

332. BERTELOTTI, *El principio ne bis in idem*, citado, 107.

333. Sostiene LEÓN VILLALBA, que ha sido la doctrina alemana, la que ha puesto de manifiesto, que la aplicación del *ne bis in idem* dentro del Derecho romano y posteriormente en el Derecho canónico, se configuró como un principio íntimamente unido a la institución de la cosa juzgada, sobre la cual, e independientemente de que la decisión fuese condenatoria o absolutoria, el poder judicial del Estado se ocupaba sólo una vez de la misma cosa, *Acumulación de sanciones*, citado, 37.

*hechas en violación a la ley, siempre que se hubieran cumplido los requisitos formales del fallo, quedando en esos casos sólo la posibilidad de recurrir a la gracia del emperador. Sin embargo, los fallos dictados mediante fraude o violencia podían ser excepcionalmente revocados, por otra decisión o por una ley especial<sup>334</sup>.*

## 9.2. La inquisición

Apunta el autor alemán Specht, que el principio en estudio fue abolido dentro del procedimiento inquisitorial, ya que en el mismo se pretendía descubrir la verdad a cualquier precio; de modo que *el ne bis in idem* fue prácticamente nulificado por la *absolutio ab instantia*, en virtud de la cual quien hubiera sido absuelto por un tribunal, podía ser procesado de nuevo si aparecían nuevos indicios<sup>335</sup>.

Pese a tales referencias, conviene señalar que tanto en los ámbitos del *Fuero Juzgo* español o en el *Iber Iudicium* elaborados alrededor de los años 642-649 d.C., se consagró la norma que los jueces no podían volver a juzgar desde el comienzo los pleitos que hayan sido juzgados y únicamente deben hacerlos cumplir. Aspecto que fue retomado por Alfonso *El Sabio* en sus famosas *Partidas* cuando prohibió la posibilidad de que una persona absuelta mediante una sentencia valedera fuera acusada de nuevo por un mismo «yerro», salvo que la acusación fuera fraudulenta. Lo que significaba la posibilidad de revisión del fallo cuando tuviera por fundamento pruebas falsas<sup>336</sup>.

El desarrollo de tal principio se desarrolló igualmente en las *Ordenanzas Reales de Castilla* (1484), la *Nueva Recopilación* (1567) y la *Novísima Recopilación* (1805)<sup>337</sup>.

Por otra parte, en el ámbito del derecho anglosajón, se había desarrollado de forma embrionaria este principio, particularmente desde la controversia surgida entre ENRIQUE II y Thomas BECKET en Inglaterra, mediante la cual el primero dictaminó que los tribunales de la corona no podían castigar a quienes ya hubieran sido condenados en los tribunales eclesiásticos. Sin embargo, al permitirse en tal época en el Reino Unido, el ejercicio tanto de acciones particulares –*appeal*– como de acciones públicas –*Indictment*–, únicamente la prohibición abarcaba a las acciones particulares subsecuentes a las públicas; siendo posible entonces, la duplicidad de enjuiciamientos mediante acciones privadas.

334. MANZINI, *Tratado de Derecho Procesal Penal*, Tomo IV, 524.

335. Comenta LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, cuya cita toma de SPECHT, que el autor alemán asevera que la derogación de la regla *ne bis in idem* sólo se ha producido en el procedimiento inquisitorial y en el derecho nazi. *El principio non bis in idem*, citado, nota 14, Pág. 17. En similar sentido, LEÓN VILLALBA, *Acumulación de sanciones penales y administrativas*, citado, 59.

336. *Ibidem*.

337. *Ibidem*.

Al efecto de tal posibilidad, el sistema inglés estipuló como excepciones previas a tal tipo de acciones –*pleas in bar*–, la *autrefois acquit* –haber sido absuelto anteriormente absuelto– y *autrefois convict* –haber sido anteriormente condenado–<sup>338</sup>.

### 9.3. La era moderna

La revolución francesa tuvo una proyección trascendental en orden a la configuración de un nuevo modelo de Estado Republicano, y cuyo modelo de inspiración humanista se plasmó tanto en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, así como en la Constitución de 1791.

Con relación al tema, se ha sostenido que el movimiento de la ilustración contribuyó a conformar la base sobre la que en la actualidad se ha desarrollado el *ne bis in idem*, de acuerdo a las ideas de seguridad del individuo frente a las intervenciones estatales, y con ello en la exigencia de seguridad jurídica como uno de los pilares informadores de todo el sistema normativo<sup>339</sup>. En su artículo 9 (163), este prístino instrumento constitucional, establecía que en:

«...[e]n materia criminal ningún ciudadano puede ser juzgado más que sobre una acusación admitida por un jurado o decretada por el Cuerpo Legislativo, en los casos en que le corresponda llevar a cabo la acusación. – Después de admitir la acusación, el jurado conocerá y declarará sobre los hechos. – El acusado tendrá la facultad de recusar hasta veinte jurados, sin explicar el motivo. – Los jurados que declaren sobre los hechos no podrán ser menos de doce. – La aplicación de la Ley corresponderá a los jueces. – La instrucción será pública y no se podrá negar a los acusados el asesoramiento de un consejero. – Todo hombre absuelto por un jurado legal no podrá ser detenido ni acusado de nuevo en razón del mismo hecho».

Por su parte, y en el ámbito de la conformación de los Estados Unidos de América como país soberano e independiente de la corona inglesa, fue el estado de New Hampshire el primero en consagrar la referida garantía en 1784 para posteriormente ser incluida en la V enmienda de la Constitución norteamericana en los siguientes términos: «*nor shall any person be subject for the same offence to be twice put in jeopardy of life or limb*». En otras palabras: «*ninguna persona podrá ser dos veces puesta en peligro de vida o de su integridad corporal por un mismo delito*»<sup>340</sup>.

338. HENDLER, al efecto, este autor sostiene: «el perfil de la cuestión en el antiguo derecho inglés está vinculado más que nada con la duplicidad de enjuiciamientos a que da lugar el ejercicio de acciones privadas que se mantuvieron desde siempre en ese ordenamiento jurídico y debieron armonizarse con la posibilidad de ejercitar la acción sin participación de acusadores privados, es decir, por parte de la autoridad real». Al respecto véase su artículo: «Una regla que confirma sus excepciones: ne bis in idem», en: A.A.V.V., *Las garantías penales y procesales: enfoque histórico-comparado*, 136-137.

339. LEÓN VILLALBA, *Acumulación de sanciones*, citado, 61.

340. De acuerdo con HENDLER, el autor de la enmienda fue WILLIAM BLACKSTONE, sin embargo, ella fue modificada por MADISON, y posteriormente por el senador BENSON en la Cámara de Representantes. Por último, un

Existen dos aspectos que resultan importantes de resaltar en relación a la fórmula legal utilizada en la V Enmienda:

- a) El término *jeopardy*, deviene al idioma francés del siglo XIV y que se encuentra formado por las palabras *jeu parti*, que significan *juego dividido*. Aceptación que en su significación jurídica hace referencia al peligro en el que se encuentra una persona acusada en una causa criminal.
- b) *Es* que hace referencia a la integridad corporal –*limb*–, en la medida que el doble riesgo también operaba en contra de la pena de muerte y de las penas corporales en su sentido histórico.

Es interesante apuntar lo anterior, ya que la prohibición del *double jeopardy*, en lo que se refiere al derecho anglosajón, no supone un resguardo en relación a la imposibilidad de una doble condena, sino también a un nuevo procesamiento por los mismos hechos con el consiguiente riesgo de pérdida de los bienes personales<sup>341</sup>.

## X. El principio *ne bis in idem* en la normativa internacional de derechos humanos y la interpretación efectuada por los organismos latinoamericanos y europeos de derechos humanos

En nuestra época, la prohibición de la múltiple persecución y del doble juzgamiento, ha sido incorporada a una variedad de Constituciones y legislaciones nacionales a nivel mundial, a excepción de algunos países cuyo prístino desarrollo se ha efectuado vía jurisprudencial como en el caso de España o Argentina.

En relación a El Salvador, es el artículo 11 de la norma primaria, la que lo estipula con un alcance netamente procesal penal, conforme la siguiente redacción:

«**Art. 11.-** Ninguna persona puede ser privada del derecho a la vida, a la libertad, a la propiedad y posesión, ni de cualquier otro de sus derechos sin ser previamente oída y vencida en juicio con arreglo a las leyes; *ni puede ser enjuiciada dos veces por la misma causa*»<sup>342</sup>.

Importante también, es destacar que tal formulación ha sido recogida en diferentes instrumentos regionales e internacionales de Derechos Humanos como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos –PIDCP– o la Convención Americana de Derechos Humanos –CADH– así como en el 4.1 del Protocolo

comité conjunto tomó la decisión por establecer la redacción que aún en la actualidad se mantiene. HENDLER, *Una regla que confirma sus excepciones*, citado, 137.

341. *Ibidem*.

342. Pese a esta mención expresa, esta garantía indirectamente puede ser relacionada con el art. 17 Cn. que establece la prohibición a los Órganos, funcionarios o autoridades del Estado para abrir juicios o procedimientos fenecidos. Aunque su intención, puede relacionarse de una forma más directa con el instituto procesal de la cosa juzgada.

Adicional número 7 del Convenio Europeo de Derechos Humanos entre los documentos más representativos.

Esto nos lleva a aseverar, de acuerdo con Hendler, que el *ne bis in idem* en la actualidad posee la característica de constituirse en un principio jurídico de carácter universal, pero que en sus formulaciones normativas o en sus implicaciones prácticas admite una variedad de excepciones<sup>343</sup>.

El principio *ne bis in idem* en la normativa internacional de Derechos Humanos y la interpretación efectuada por los organismos latinoamericanos y europeos de derechos humanos.

En el ámbito internacional, es el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos –PIDCP– el instrumento que establece el referido principio de forma sumamente integral en su artículo 14.7 de la siguiente manera:

«...Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un delito por el cual haya sido ya condenado o absuelto por una sentencia firme de acuerdo con la ley y el procedimiento penal de cada país».

A nivel europeo, es el artículo 4.1 del Protocolo Adicional número 7 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, en el que aparece regulado de la siguiente manera:

«Nadie podrá ser procesado o castigado penalmente por las jurisdicciones del mismo Estado por una infracción por la que hubiera sido absuelto o condenado por sentencia firme conforme a la Ley y al procedimiento penal de ese Estado»<sup>344</sup>.

Por otra parte, el Tratado para la Formulación de una Constitución Europea lo establece en los siguientes términos:

«**Art. II-110.-** Derecho a no ser juzgado o condenado penalmente dos veces por la misma infracción. “Nadie podrá ser juzgado o condenado penalmente por una infracción respecto de la cual ya haya sido

343 HENDLER, *Una regla que conforma sus excepciones*, citado, 131.

344 Sin embargo, tal artículo establece en los párrafos dos y tres siguientes: «2. Lo dispuesto en el párrafo anterior no obsta a la reapertura del proceso, conforme a la Ley y al procedimiento penal del Estado interesado, en caso de que hechos nuevos o revelaciones nuevas o un vicio esencial en ese procedimiento pudiera afectar a la sentencia dictada. (...) 3. No se autorizará excepción alguna al presente artículo en virtud del artículo 15 del Convenio». Tal artículo 15 establece: «1. En caso de guerra o de otro peligro público que amenace la vida de la nación, cualquier Alta Parte Contratante podrá tomar medidas que deroguen las obligaciones previstas en el presente Convenio en la medida estricta que lo exija la situación, y supuesto que tales medidas no estén en contradicción con las otras obligaciones que dimanen del Derecho internacional. (...) 2. La disposición precedente no autoriza ninguna derogación del artículo 2, salvo para caso de muertes resultantes de actos lícitos de guerra y de los artículos 3, 4 (párrafo 1) y 7...».



absuelto o condenado en la Unión mediante sentencia penal firme conforme a la ley»<sup>345</sup>.

Y en el ámbito regional, es la Convención Americana de Derechos Humanos, la que lo estipula en el artículo 8.4:

«4. El inculpado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos».

De los textos legales transcritos, se destaca la idea –particularmente en el PIDCP y en los instrumentos europeos– de prohibir un nuevo enjuiciamiento o imposición de una sanción cuando una persona haya sido absuelta o condenada en un procedimiento anterior por un mismo hecho. Ello no acontece con la CADH, la cual únicamente hace referencia al inculpado absuelto por una sentencia firme, más no en relación a quien resulte condenado<sup>346</sup>.

Pero por otra parte, el aspecto positivo que se revela en el artículo 8 (4) de la CADH, es que no hace referencia a delito o infracción como lo hace el PIDCP o las normas regionales europeas, sino a *hechos*, teniendo un ámbito de claridad todavía más preciso que los instrumentos primeramente citados.

Entrando en materia de interpretación de los textos internacionales, en lo que concierne al ámbito regional, tanto el Comité Interamericano de Derechos Humanos –Comité IDH– como la misma Corte Interamericana de Derechos Humanos –CIDH– han tenido oportunidad de pronunciarse en cuanto al alcance del mencionado principio.

Así, el Comité IDH en el caso *Alan García Vs. Perú*, efectuó una interpretación de los términos *inculpado absuelto* y *sentencia firme* –utilizados en la CADH– de la siguiente manera:

«El artículo 8 de la Convención Americana en su inciso 4 consagra la garantía del non bis in idem al establecer que “el inculpado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos”. (...) A los efectos de la aplicación de este principio al caso concreto es preciso analizar el significado de los conceptos

345. De igual forma, el art. 54 del Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen consagra el referido derecho en estos términos: «...Una persona que haya sido juzgada por sentencia firme por una Parte contratante no podrá ser perseguida por los mismos hechos por otra Parte contratante».

346. De acuerdo con FELDMAN, el párrafo cuarto del art. 8 CADH, fue propuesto en el Proyecto del Consejo Interamericano de Jurisconsultos, aunque la Comisión de Derechos Humanos le introdujo modificaciones de orden técnico, plasmándolo en la forma en que se encuentra en la actualidad. Resulta interesante citar la propuesta efectuada por el Gobierno de los Estados Unidos, que reza de la siguiente manera: «...Los Estados Unidos entienden que la prohibición de ser sometido por los mismos hechos, contenida en el párrafo 4° del artículo 8° es aplicable solamente cuando la sentencia absolutoria ha sido dictada por un tribunal de la misma entidad gubernamental, bien sea del Gobierno Federal, o de una entidad del mismo, que busca un nuevo juicio por la misma causa juzgada». Sobre lo anterior, véase: FELDMAN, *El Pacto de San José de Costa Rica*, 38 y 39.

“imputado absuelto” y “sentencia firme” (...) La Convención Americana al establecer “imputado absuelto” implica aquella persona que luego de haber sido imputada de un delito ha sido declarada exenta de responsabilidad, ya sea porque la absolución se produzca por haberse demostrado su inocencia, por no haberse probado su culpabilidad o por haberse determinado la falta de tipificación de los hechos denunciados.

La Comisión considera que la expresión “sentencia firme” en el marco del artículo 8 inciso 4 no debe interpretarse restrictivamente, es decir, limitada al significado que se le atribuya en el derecho interno de los Estados. En este contexto, “sentencia” debe interpretarse como todo acto procesal de contenido típicamente jurisdiccional y “sentencia firme” como aquella expresión del ejercicio de la jurisdicción que adquiere las cualidades de inmutabilidad e inimpugnabilidad propias de la cosa juzgada»<sup>347</sup>.

Tales consideraciones le llevaron a resolver el problema relativo al archivo de diligencias penales por inexistencia del hecho, y por ende, a la no apertura de una instrucción. En tal sentido se sostuvo:

«(...) a diferencia de otros supuestos de desistimiento de la denuncia –por razones de carácter procesal, por ejemplo–, cuando la declaración de no apertura de la instrucción se funde en la inexistencia de tipificación penal de los hechos denunciados, la resolución que así lo establezca adquirirá el carácter de inmutable. En efecto, para el caso que un tribunal declare en una oportunidad que un individuo no está sujeto a la pretensión punitiva del Estado por inexistencia de tipificación penal de los hechos denunciados, no será posible que luego otro tribunal, invocando los mismos hechos, pueda sostener que son constitutivos de delito».

De acuerdo a lo anterior, el sobreseimiento debe entenderse como una declaración de clausura anticipada, la cual queda comprendida dentro del ámbito interpretativo de la *sentencia firme*; y así se entendió en el caso *Garcés Valladares Vs. Ecuador* cuando se conoció del caso de una persona sometida a dos procedimientos por los mismos hechos y en los cuales había resultado sobreseído en uno de ellos, sin que ello repercutiera en el segundo el cual culminó con una condena<sup>348</sup>.

347. *García Vs. Perú*, Pág. 105 (1994). De igual forma se pronunció en el caso *Oviedo Vs. Paraguay* (1999) cuando señaló: «[e]l carácter firme lo adquieren las sentencias contra las cuales ya no procede ningún recurso ordinario ni extraordinario» (párrafo 34). En relación a este desarrollo en las resoluciones del Comité IDH, véase: O'DONELL, *El Derecho internacional de los Derechos Humanos*, 452 y ss.

348. *Garcés Valladares Vs. Ecuador*, párrafos 94 y 98 (1999). Véase O'DONELL, *El Derecho internacional de los Derechos Humanos*, citado, 453.

A nivel de la CIDH, el *ne bis in idem* fue desarrollado ampliamente en el trascendental caso *Loayza Tamayo Vs. Perú*, resuelto mediante la sentencia dictada el 17/IX/1999 y en la que se sostuvo que:

«...busca proteger los derechos de los individuos que han sido procesados por determinados hechos para que no vuelvan a ser enjuiciados por los mismos hechos. A diferencia de la fórmula utilizada por otros instrumentos internacionales de protección de derechos humanos (por ejemplo, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas, el artículo 14.7. que se refiere al mismo delito), la Convención Americana utiliza la expresión “los mismos hechos” que es un término más amplio en beneficio de la víctima».

Desde esta óptica, la Corte consideró que si un tribunal militar conoció del delito de traición a la patria cometido presuntamente por Loayza Tamayo –sin declararse incompetente– y ello culminó con el dictado de una absolución definitiva después de haber conocido los hechos, circunstancias y elementos probatorios; no puede tal hecho, ser conocido nuevamente por la jurisdicción penal común, ya que ello supone una clara inobservancia del art. 8.4<sup>349</sup>.

Dentro de los más recientes fallos, conviene citar también el dictado en el expediente *La Cantuta Vs. Perú* dictada el 29/XI/2006, señalándose en el párrafo 9:

«[L]a cosa juzgada y el principio *ne bis in idem* sirven a la seguridad jurídica e implican garantías de importancia superlativa para los ciudadanos y, específicamente, para los justiciables. Ahora bien, la cosa juzgada supone que existe una sentencia a la que se atribuye esa eficacia: definición del derecho, intangibilidad, definitividad. Sobre esa hipótesis se construye la garantía de *ne bis in idem*: prohibición de nuevo juicio sobre los mismos hechos que han sido materia de la sentencia dotada con autoridad de cosa juzgada (material)».

No obstante a este expreso reconocimiento, es la misma CIDH, la que ha reconocido claras excepciones a este principio. Así en la sentencia dictada el 26 de septiembre de 2006 –caso *Almonacid Arellano y otros Vs. Chile*– se sostuvo que si bien el *ne bis in idem* es un derecho humano reconocido en la CADH, no es un derecho absoluto y, por tanto, no resulta aplicable cuando: (a) la actuación del tribunal que conoció el caso y decidió sobreseer o absolver al responsable de una violación a los derechos humanos o al derecho internacional obedeció al propósito de sustraer al acusado de su responsabilidad penal; (b) el procedimiento no fue instruido independiente o imparcialmente de conformidad con las debidas garantías procesales; o (c) no hubo la intención real de someter al responsable a la acción de la justicia. En

349. *Loayza Tamayo Vs. Perú*, párrafos 76-77 (1997).

tal sentido, una sentencia pronunciada en tales circunstancias únicamente produce una cosa juzgada «aparente» o «fraudulenta»<sup>350</sup>.

Por otra parte, el referido órgano interamericano de justicia, excluye también de la cobertura tanto de la cosa juzgada como del instituto jurídico en estudio, a quienes sean responsables de violaciones a los Derechos Humanos y crímenes de lesa humanidad, cuando aparezcan nuevos hechos o pruebas que puedan determinar su participación en los mismos. En tales casos, podrían ser reabiertas las investigaciones, incluso si existe una sentencia absolutoria «puesto que las exigencias de la justicia, los derechos de las víctimas y la letra y el espíritu de la Convención Americana desplaza la protección del *ne bis idem*»<sup>351</sup>.

Al otro lado del Atlántico, el TEDH, también ha tenido oportunidad de pronunciarse en referencia al *ne bis in idem* y lo ha efectuado en los emblemáticos casos: *Gradinger Vs. Austria* –Sentencia de 23/X/95–; *Oliveira Vs. Suiza*–Sentencia de 30/VII/98–; *Franz Fischer contra Austria* –Sentencia de 29/V/2011– y *Sailer contra Austria* –Sentencia de 06/VI/2002– entre otros.

En el primer caso –*Gradinger Vs. Austria*– un ciudadano recibió una sanción penal en razón de conducir un vehículo bajo los efectos del alcohol, imponiéndose igualmente una sanción pecuniaria por parte de la Autoridad administrativa tomando como base el nivel de la sustancia en la sangre.

El TEDH sostuvo que se trataba de un mismo supuesto, y que al haber recibido una segunda sanción por parte de un órgano no jurisdiccional por un mismo hecho –conforme el nivel de alcohol en la sangre– se vulneraba claramente el principio *ne bis in idem*.

Igualmente manifestó que si la conducta se encontraba regulada en un Código Penal, ella tiene una naturaleza eminentemente criminal aun y cuando estuviera comprendida también como una norma administrativa. A tales efectos, el órgano administrativo sancionador, no tiene competencia alguna para dictaminar sobre delitos, y de todas maneras, en el caso de la multa administrativa dictada, su incumplimiento determinaba de todas maneras un ingreso a prisión<sup>352</sup>.

En el segundo caso, la señora *Oliveira* ocasionó lesiones culposas al no respetar los límites de velocidad permitidos en una calzada en pésimo estado por el hielo que revestía la superficie. Por tal motivo, cometió una infracción regulada en los arts. 31 y 32 del Código de Circulación Federal; además, que también le fue aplicado el art. 125 del Código Penal suizo.

350. *Almonacid Arellano Vs. Chile*, párrafos 154.

351. *Ibidem*, párrafo 155.

352. Un aspecto relevante de esta sentencia, es el relativo a que las decisiones tomadas por las autoridades administrativas no satisfacían las exigencias del art. 6.1. del CEDH, ya que tal decisión debe ser objeto de un posterior control por un cuerpo judicial.

Al resolver, se consideró que la señora *Oliveira* generó dos situaciones totalmente diferentes: la primera en relación a no haber desacelerado cuando el estado de la carretera lo aconsejaba –incumpliendo de esa forma la norma administrativa–, y la segunda en relación a las lesiones causadas a la persona atropellada.

En este caso, el Tribunal de Estrasburgo, consideró que no existió inobservancia alguna al art. 4 del Protocolo 7 al tratarse de un concurso ideal de infracciones. Y ello aparta esta solución de lo expuesto en el fallo *Gradinger*.

Por otra parte, en tal decisión, deben comentarse ciertas puntualizaciones efectuadas por la Corte Europea, en lo particular cuando consideró que hubiera sido más adecuado que el *police magistrate* se hubiera abstenido de imponer la primera sanción –teniendo conocimiento que se provocaron lesiones personales y que la Fiscalía del Distrito estaba diligenciando el respectivo procedimiento penal–<sup>353</sup>. En relación a otro punto, consideró aceptable la solución dada por el tribunal de instancia austriaco que conoció posteriormente del hecho, el cual restó la cantidad impuesta por el juez de policía de la multa que impuso como pena<sup>354</sup>. Regla que el mismo TEDH consideró a aplicable al caso, bajo el razonamiento que *la pena mayor debe absorber a la menor*<sup>355</sup>.

En el tercer caso, *Franz Fischer* ocasionó un accidente de tráfico que dio lugar a la muerte de un ciclista. Al mismo no le brindó ninguna asistencia y decidió entregarse la misma noche del accidente a la policía. Al igual que en el caso anterior, la autoridad administrativa municipal le impuso una cuantiosa multa –22.010 *schillings* y 20 días de arresto sustitutorio en caso de impago– por la infracción de los artículos 5.1 y 99.1. del Código de Circulación bajo la infracción de conducir por la influencia de bebidas alcohólicas. Pero posteriormente, fue condenado por

353. Así se sostuvo: «25. El Tribunal observa que las condenas analizadas traen causa de un accidente provocado por la demandante el día 15 de diciembre de 1990. Ella conducía en una carretera cubierta de hielo y nieve cuando su coche ocupó la calzada contraria golpeando con otro vehículo para después colisionar con un segundo vehículo, cuyo conductor resultó con serias lesiones. La señor Oliveira en primer momento tuvo que hacer frente al pago de una multa de 200 franco suizos, impuesta por el Juez de Policía, por perder el control de su vehículo al no haber limitado su velocidad ante el estado de la vía. Posteriormente, el Juzgado de Distrito de Zurich y después el Tribunal de Apelación de Zurich le impusieron una multa de 1.500 francos suizos (de los que se dedujeron la cantidad fijada en la primera multa) por lesiones ocasionadas de forma imprudente (...) 26. Este es un típico ejemplo de un único hecho que constituye varias infracciones (concurso ideal de delitos). La característica principal de este concepto es que un único acto delictivo es tipificado en dos tipos penales diferentes. En el caso presente, perder el control del vehículo, y las lesiones ocasionadas imprudentemente. En ambos casos, la pena mayor debe absorber a la menor».

354. Se trata de regla del descuento que se tratará en el capítulo III.

355. «Es verdad que hubiera sido más conforme con los principios que rigen la Administración de Justicia que la condena por ambas infracciones, que resultarían del mismo hecho delictivo, hubieran sido juzgadas por el mismo Tribunal en un único procedimiento. Efectivamente, esto es lo que debería haber ocurrido en el presente caso, donde el Juez de Policía, a la vista del hecho de que las lesiones graves sufridas por el perjudicado quedaban fuera de su jurisdicción, debería haber remitido las actuaciones al Fiscal del Distrito para el enjuiciamiento conjunto de ambas infracciones (...). El hecho de que tal procedimiento no se siguiera en el caso de la señora Oliveira es, sin embargo, irrelevante a los efectos del artículo 4 del Protocolo 7, dado que la disposición no cierra la posibilidad de que distintas infracciones, siempre que todas ellas sean parte de un mismo acto delictivo, sean juzgadas por diferentes tribunales, especialmente cuando, como es en el caso presente, las penas no fueron acumulativas, ya que la más leve fue absorbida por la más grave».

un tribunal como autor de un homicidio imprudente a seis meses de prisión. El Tribunal de Apelaciones austriaco que conoció en segunda instancia consideró que se trataba de un supuesto idéntico al caso *Oliveira*, y que no existía norma alguna en el derecho austriaco que impidiera el proceso penal posterior a la imposición de la sanción administrativa.

Sin embargo, el TEDH consideró aplicable al caso, lo expuesto en el precedente *Gradinger* en lo que se refiere a una doble sanción por un mismo hecho – conducir bajo la influencia de bebidas alcohólicas– destacando la diferencia entre los supuestos conocidos anteriormente. Así afirma que el art. 4 del Protocolo 7 adicional al Convenio de Derechos Humanos, no se refiere a la infracción como tal, sino que un mismo hecho dé lugar otro procesamiento o enjuiciamiento.

Desde esta óptica, señaló que en algunas ocasiones, podríamos encontrarnos ante una variedad de infracciones aplicables, pero un examen *sumamente detenido demuestra que resulta aplicable solamente una infracción, pues esta abarca los elementos contenidos en las otras infracciones*<sup>356</sup>. En palabras del TEDH:

«[U]n ejemplo claro sería un hecho que constituye dos infracciones, una de las cuales contiene todos los elementos de la otra, más otro adicional. Son casos en los que las infracciones sólo se solapan aparentemente. Así, donde diferentes infracciones basadas en un mismo hecho son perseguidas consecutivamente, una después de la decisión final adoptada en la otra, el Tribunal debe examinar cuando tales infracciones tienen los mismos elementos esenciales».

Como se advierte en esta última decisión, lo relevante –a efectos de un examen en relación al fondo del asunto– es determinar si en relación a ambas infracciones –penal y administrativa– no difieren en relación a sus elementos esenciales; pues si existe tal convergencia, estaremos ante una clara inobservancia al *ne bis in idem*, independiente del orden de prelación entre los procedimientos<sup>357</sup>. Tal intelección permite afirmar entonces que «el artículo 4 del Protocolo 7 no se limita al derecho a no ser condenado dos veces por un mismo hecho, sino que se extiende al derecho a no ser juzgado dos veces».

En el caso *W.F. vs. Austria*, al igual que los casos anteriores, el accionante ante el Tribunal de Estrasburgo se vio involucrado en un accidente de tránsito debido a la ingestión de bebidas alcohólicas que dio lugar a la aplicación del Código de Circulación austriaco. La autoridad administrativa sancionó en el año 1995 y al

356. Nótese, que en el presente caso no estamos ante un concurso de infracciones, sino ante una norma que absorbe a la otra, a modo de un concurso aparente de normas sancionadoras.

357. «Lo que es decisivo en el presente caso, es que, sobre la base de un único hecho, el demandante fue procesado y sancionado dos veces, toda vez que la infracción administrativa de conducir embriagado bajo los artículos 5.1 y 99.1 del Código de Circulación y el tipo agravado del artículo 81.2 del Código Penal, tal como están interpretados por los Tribunales, no difieren en sus elementos esenciales».



año siguiente –1996– un Tribunal regional le impuso la pena de multa como autor del delito contemplado en el art. 88 numerales 1 y 3 del Código Penal austriaco –lesiones culposas–.

Continuando con los precedentes *Gradinger* y *Fischer*, el TEDH consideró que existió también en este caso, una clara vulneración al principio del *ne bis in idem*, en el sentido que la infracción penal contenía todos los elementos del ilícito administrativo; por ende, la violación al Convenio Europeo era más que patente<sup>358</sup>.

## XI. El *ne bis in idem* en la jurisprudencia salvadoreña

### 11.1. En la jurisprudencia constitucional

De acuerdo a lo señalado en la SA de 10/III/1993 –identificada bajo la rúbrica número 1-J-92– la primera ocasión en que un tribunal salvadoreño se refirió a este principio fue en la sentencia publicada en la Revista Judicial correspondiente al mes de febrero del año 1922.

En tal decisión se dictaminó que: «...[p]rocede el amparo a favor de una persona a quien se tasa por segunda vez el impuesto correspondiente a un año, por ser esto un nuevo juzgamiento»<sup>359</sup>.

Pero fue, sin duda alguna, la citada decisión de 10/III/1993 –ref. 1-J-92– la que explicitó el desarrollo histórico del *ne bis in idem* a nivel constitucional en nuestro país:

«[d]esde esa perspectiva, es sumamente notable el papel vanguardista que ha tenido el derecho constitucional salvadoreño, en relación a este punto. El principio non bis in idem aparece a nivel constitucional en la Carta Magna de 1864, aunque está limitado al campo penal. Así, en el Art. 82 de la Constitución mencionada se disponía: “Art. 82.- Queda abolida la pena de confiscación. Ninguna persona puede ser privada de su vida, de su propiedad, de su honor ni de su libertad, sin ser previamente oída y vencida en juicio, con arreglo a las fórmulas que establecen las leyes, ni enjuiciarse dos veces por el mismo delito”.

La disposición se mantiene casi idéntica en las Constituciones de 1871 –Art. 109– y 1872 –Art. 27–. En la Constitución de 1880 el principio que se analiza aparece consagrado de manera idéntica a la actual: “Art. 23.- Ninguna persona puede ser privada de su vida, de su libertad, de su honor, ni de su propiedad sin ser previamente oída y vencida en juicio con arreglo a las leyes, ni puede ser enjuici-

358. Esta línea jurisprudencial se ha mantenido en supuestos idénticos a los arriba mencionados como es el caso *Sailer Vs. Austria*.

359. Sobre lo anterior, GUTIÉRREZ CASTRO, Catálogo de jurisprudencia, Derecho constitucional salvadoreño, 3ª edición, 349-353.

ciada dos veces por la misma causa”; redacción que se repite en el artículo 19 de la Constitución de 1883. En el Art. 20 de la Constitución de 1886 –que corresponde al Art. 21 de la Constitución frustrada de 1885– se modifica la redacción, mediante la incorporación de dos adjetivos: “Art. 20.- Ninguna persona puede ser privada de su vida, de su libertad, ni de su propiedad, sin ser previamente oída y vencida en juicio con arreglo a las leyes, ni puede ser enjuiciada civil o criminalmente dos veces por la misma causa”. Esta redacción del principio non bis in idem se mantiene idéntica durante las Constituciones de 1939 –Art. 37, que fue reformado en 1944, pero no se modificó lo referente al tema examinado– y 1945, Art. 20.

En la Constitución de 1950 se retorna a la redacción de 1880 y 1883, pues el Art. 164 de aquélla enunciaba: “Art. 164.- Ninguna persona puede ser privada de su vida, de su libertad, ni de su propiedad o posesión, sin ser previamente oída y vencida en juicio con arreglo a las leyes; ni puede ser enjuiciada dos veces por la misma causa”. La disposición se conserva idéntica en la Constitución de 1962, Art. 164. De la relación histórica contenida en los párrafos inmediatos anteriores, es dable obtener algunas conclusiones sobre la evolución del principio non bis in idem en nuestro sistema: concebido originalmente como propio del campo penal (Constituciones de 1864, 1871 y 1872); se amplían sus alcances en las Constituciones de 1880 y 1883, aunque es probable que se entendiera aplicable a cada área de la actividad jurisdiccional; ya que posteriormente se insiste de su validez en ambas áreas, tanto civil como penal (Constituciones de 1886, 1939 y 1945), lo que denota que se comprendía tal principio como característico de la jurisdicción; sin embargo, en 1950, el retorno a la redacción de 1880 es exclusivamente gramatical, pero no de contenido y alcances, pues no hay ninguna duda que ya en esa fecha, el principio non bis in idem se supone aplicable a cualquier rubro, independientemente del campo normativo en que se desenvuelva, jurisdiccional stricto sensu o administrativo; entendiéndose por supuesto, dentro de las respectivas competencias y limitaciones que corresponde a cada una de estas actividades estatales»<sup>360</sup>.

En esta importante decisión judicial, se explicitaron los diferentes matices aplicativos del instituto jurídico en análisis: (a) es un derecho fundamental reconocido expresamente en nuestra Constitución; o mejor dicho, es una de las garantías procesales-constitucionales indispensables para el mantenimiento de la seguridad y de la certeza jurídica; aunque también –en la mencionada resolución– expresamente lo identifica como principio<sup>361</sup>; (b) su origen puede localizarse en el campo penal, como lo demuestran la variedad de instrumentos internacionales sobre Derechos humanos que lo reconocen; (c) el artículo 11, garantiza no sólo que no sea condenada una persona dos veces sino que tampoco sea juzgada dos veces por la misma causa. Desde esta óptica, lo que se conjura es la duplicidad de decisiones

360. *Ibidem*.

361. «[p]or lo dicho, es innegable que el principio non bis in idem constituye un principio constitucional; es decir, aquellos principios de carácter histórico-político que son aceptados, en forma pacífica y unánime por toda la sociedad, y que además se consideran implícitos en el orden constitucional, aunque no se hallen expresamente consagrados en el mismo: aunque en nuestro ordenamiento jurídico supremo aparece en forma expresa».

respecto de un mismo hecho y en relación de una misma persona. Por lo tanto, cuando se habla de enjuiciamiento debe entenderse como el fin de la contienda o controversia de manera definitiva, sea creando, modificando o extinguiendo una situación que afecta la esfera jurídica de las partes del proceso; (d) su aplicación puede operar en el campo jurisdiccional *strictu sensu* –por ejemplo mediante la excepción de *litis pendencia*– pero también excluye «la duplicidad de sanciones –administrativa y penal– en los casos que se aprecie la identidad de sujeto, hecho y fundamento sin existencia de una relación de supremacía especial de la Administración –relación de funcionario, servicio público, concesionario, etc.– que justifique el ejercicio del *ius puniendi* por los Tribunales y a su vez de la potestad sancionadora de la Administración»; y, (e) las relaciones entre *ne bis in idem* y *cosa juzgada*, son de género a especie; siendo el primero más amplio que el segundo. Además, que la cosa juzgada –*res iudicata*– se relaciona con la decisión judicial que reconoce determinadas relaciones jurídicas; mientras que el vocablo *causa* utilizado en la Constitución, se relaciona con la causa histórica, es decir, con los hechos o sucesos acaecidos en su pura materialidad «sin importar la calificación jurídica que de los mismos se haga».

Tales líneas han sido profundizadas en los procesos constitucionales de amparo y hábeas corpus, con interesantes enfoques que vale la pena estudiar de forma separada.

## 11.2. En el proceso de amparo

Aquí se ha perfilado una interpretación bastante coherente del artículo 11 de la Constitución de la República –denominado indistintamente como *ne bis in idem* o *non bis in idem*– y se ha entendido como *un derecho fundamental* del ciudadano que impide la afectación de su esfera jurídica en más de dos ocasiones, teniendo como base la seguridad individual o personal como bien jurídico afectado<sup>362</sup>.

Igualmente, y como acontece en la sentencia 1/J/92 anteriormente citada, se ha entendido como una garantía procesal constitucional indispensable para el mantenimiento de la seguridad y certeza jurídica<sup>363</sup>, lo que conlleva una prohibición dirigida a las autoridades, de pronunciar más de una decisión definitiva respecto de una misma pretensión o petición según el caso<sup>364</sup>.

Por otra parte, la jurisprudencia constitucional en esta materia ha definido los términos *enjuiciado* y *causa* contemplados en la redacción del referido artículo 11 de la Constitución –no sin antes señalar lo problemático que es lograr un consenso en tales términos<sup>365</sup>– de la siguiente manera:

362. SA de 23/X/2001 –ref. 48-2001–. En igual sentido SA de 27/XI/2000 y 22/I/2002 –refs. 200-2000 y 231-2000–.

363. SA de 4/III/2002 –ref. 270-2000–. Igualmente, en la SHC de 4/IX/2006 –ref. 198-2005–.

364. SA de 18/XII/2003 –ref. 1350-2002–.

365. SA de 8/XI/2004 –ref. 569-2004–.

- a) En relación al primero –*enjuiciado*–, se ha entendido como la operación racional y lógica del juzgador a través de la cual se decide definitivamente el fondo del asunto de que se trata. Por ello, en más de algún fallo, se ha dicho que la citada garantía adquiere sentido y contenido en cuanto pone fin a una contienda o controversia de manera definitiva<sup>366</sup>. En otras palabras: (i) una pretensión; (ii) una decisión de fondo sobre la misma y (iii) que esta última afecte de modo definitivo la esfera jurídica de una persona<sup>367</sup>.

De lo anterior se deduce, que *si ha existido un pronunciamiento jurisdiccional de fondo en cuanto a un determinado contenido, no puede existir un posterior procedimiento sobre los mismos tópicos de hechos, sujetos y causa* –duplicidad de decisiones sobre el fondo de la controversia–<sup>368</sup>.

Sin embargo, cuando se trate de una pretensión que genera diferentes procesos operará la figura procesal de la *litispendentia*.

Por ello es que la referida garantía constitucional se ha relacionado claramente tanto con la litispendencia y con el principio de cosa juzgada<sup>369</sup>, comprendiendo tanto las decisiones jurisdiccionales como las administrativas<sup>370</sup>.

En resumen, como claramente se expuso en la decisión de improcedencia emitida el 8/XI/04 –ref. 569-2004–, la prohibición del doble juzgamiento significa la duplicidad de decisiones respecto de un mismo hecho y en relación a una misma persona; y específicamente en el ámbito judicial, ello comporta la *inmodificabilidad del contenido de una resolución estatal que decide de manera definitiva una situación jurídica determinada, salvo los casos expresamente señalados en la ley*.

Pero puede acaecer que una misma pretensión pueda verse sujeta a varios procesos, siempre y cuando en los anteriores no haya habido un pronunciamiento jurisdiccional definitivo con independencia de la instancia en la que se tramite.

- b) En relación al término *causa* se ha definido como la identidad absoluta de las pretensiones. Por ende, tal principio establece una prohibición de pronunciar más de una decisión definitiva respecto de una pretensión<sup>371</sup>. Y en este punto, se relacionan las tres identidades contentivas de la misma: *eadem res, eadem personam y eadem causa petendi*. Así que, al existir entonces variación en alguna

366. SA de 23/IV/1998 –ref. 109-98–. En dicha sentencia se relaciona una dimensión judicial que tiene la garantía del *ne bis in idem* y es la relativa a la inmodificabilidad del contenido de una resolución estatal que decide de manera definitiva una situación jurídica determinada, salvado los casos expresamente señalados por la ley. Se relaciona además en la sentencia dictada el 4/III/2002 –ref. 270-2000–.

367. Al menos ello se deduce de la SA de 16/III/2004 –ref. 73-2003–.

368. SA de 04/V/1999 –ref. 231-98–.

369. SA de 23/X/2001 –ref. 48-2001–.

370. SA de 4/III/2002 –ref. 270-2000–.

371. SA de 04/V/1999 –ref. 231-98–.

de ellas ya no podría hablarse de una triple identidad, pudiendo estudiarse válidamente el caso para poder dictar el fallo correspondiente<sup>372</sup>.

En cuanto a la identidad subjetiva, se refiere a que en ambos procesos –tanto la parte demandante como la demandada– estén representadas por las mismas personas actuando en calidad semejante. La identidad objetiva reseña que los asuntos que se debaten en ambos procesos sean los mismos. Y finalmente, habrá identidad de causa siempre que el sustrato fáctico y el fundamento jurídico de las pretensiones resulten coincidentes. En otras palabras, que tanto los hechos concretos como las disposiciones normativas específicas en que se basan sus reclamos sean iguales.

En este punto, pueden hallarse diferentes interpretaciones jurisprudenciales sobre cuándo concurre *un mismo hecho* o *un mismo motivo de persecución*. Así:

- a) Se advirtió la existencia de un mismo hecho en la SA de 27/II/2003 –ref.534-2002– cuyo supuesto fáctico consistía en la presunta sustracción de un par de botas por un agente policial. Al mismo, se le siguió un procedimiento disciplinario el cual concluyó en un sobreseimiento en el año 1997. Empero, por medio de un decreto legislativo transitorio, fue despedido conforme a una somera y breve investigación disciplinaria en la que se habían descubierto indicios racionales de su conducta irregular pero con relación a la sustracción del referido calzado.

En dicho fallo se afirmó que: «...si bien es cierto que el peticionario no fue condenado ni absuelto sino sólo sobreseído por el Tribunal disciplinario de la PNC, carece de toda lógica y justicia que tres años más tarde se le persiga nuevamente y se le condene por los mismos hechos en aplicación de una nueva normativa –para el caso, el aludido D.L.101– y otro año más tarde dicha resolución de despido sea confirmada en apelación».

Lo mismo aconteció en el supuesto conocido en la SA de 16/III/2004 –ref. 73-2003– en el que el Instituto Salvadoreño del Seguro Social (ISSS) impuso dos multas a una empresa por haber hecho entregas extemporáneas de varios medicamentos conforme a lo estipulado en un contrato de licitación. En la referida sentencia, se entienden los sucesivos retrasos en el suministro como un mismo hecho, y se sostiene que así debió considerarlo la autoridad demandada, la cual alegó que tal duplicidad sancionadora se debió a un «error involuntario» que no se advirtió al imponer la segunda multa.

372. Esto ha sido claramente apreciado en materia disciplinaria policial. Si han existido tres faltas leves y cuya acumulación conlleva una nueva y diferente sanción disciplinaria –dieciséis días de suspensión sin goce de sueldo–, sin que ninguna de ellas hubiera dado lugar a un pronunciamiento individual. No existe violación a la garantía constitucional del *ne bis in idem*. Al efecto, véase la SA de 4/III/2002 –ref. 270-2000–.

Otro caso interesante es el resuelto por medio de la SA de 18/XII/2003 –ref. 1350-2002– en donde se alegó la violación del principio constitucional en estudio, al existir dos procesos de responsabilidad administrativa y patrimonial por faltas cometidas en los ejercicios 1997 y 1998. En este caso la SC, estableció claramente que se trataba de dos informes distintos realizados en diferentes periodos; en otras palabras, dos hechos distintos que impedían observar la triple identidad. Empero, la situación fue vista en forma diferente cuando al existir varias faltas disciplinarias debidamente sancionadas, aparece un posterior decreto legislativo que permitió retirar de la Administración a aquellos miembros que hubieran presentado una conducta «irregular» –Régimen Temporal Especial para la Remoción de Miembros de la Policía Nacional Civil que Incurran en Conductas Irregulares–.

La SC sostuvo, que si al favorecido por el amparo se le había abierto un procedimiento conforme el referido decreto, éste debía ser por otras conductas que no fueran las ya anteriormente enjuiciadas. La excepción en este caso, era que la destitución como sanción disciplinaria tuviera como base una «evaluación general sobre la conducta mostrada durante todo el tiempo en que desempeñó sus labores y no respecto de la valoración de los hechos que dieron lugar a las infracciones por las que ya fue procesado y sancionado». Por consiguiente, había que distinguir cuál fue el motivo determinante de la destitución: si fueron los hechos fácticos individualmente considerados –sí habría inobservancia del *ne bis in idem*– o el comportamiento que el demandante mostró en el lapso de tiempo en que perteneció a la corporación<sup>373</sup>.

b) Por otra parte, se consideró la existencia de un distinto motivo de persecución en la improcedencia de amparo dictada el 26/II/2003 –ref. 119-2002– en el cual los demandantes adujeron una violación a la garantía constitucional del *ne bis in idem*, ya que habiendo sido sobreseídos en un proceso penal por el delito de usurpación; también eran simultáneamente enjuiciados en un juicio civil reivindicatorio. En tal fallo se sostuvo, que en ambos casos las pretensiones eran diferentes, pues en el proceso penal se perseguía sancionar a las demandantes por la comisión de un hecho punible, en tanto que con el proceso civil se pretendía obtener la restitución de la posesión del inmueble controvertido mediante la acreditación de su titularidad.

De similar forma se resolvió en la sentencia de 20/II/2007 –ref. 579-2004– en la que a un oficial militar se le sancionó conforme a lo estipulado en el art. 107 del Código de Justicia Militar a 29 días de arresto y, de forma simultánea, fue enjuiciado por un Tribunal de Honor que recomendó dictar la orden de baja que se pronunció días después.

Aquí, la SC dictaminó que se trataba de dos procedimientos distintos: en el primero se conoció de un delito –el de desobediencia– y en el segundo de una afec-

373. Al respecto, SA de 8/III/2007 –ref. 312-2005–.

tación a la «moral militar». Esta segunda circunstancia fue la que habilitó la constitución de un Tribunal de Honor y cuyas pesquisas están orientadas a determinar si las conductas de los miembros de las fuerzas armadas se enmarcan dentro de las reglas de la ética profesional, honor militar y lealtad a la institución castrense. Es así que el motivo de persecución resulta distinto: la determinación de una responsabilidad moral en el segundo procedimiento en contraposición a la penal militar del primero<sup>374</sup>.

### 11.3. En el proceso de hábeas corpus

Es esta materia, el *ne bis in idem* se ha relacionado con el art. 17 de la Constitución, en el sentido de respetar la institución procesal de la cosa juzgada, pues tal precepto prohíbe la apertura de causas fenecidas<sup>375</sup>. Y tal proclama se efectúa, con el fin de evitar que las decisiones judiciales firmes sean alteradas o modificadas por actuaciones posteriores que se encuentren fuera de los casos excepcionales legalmente previstos<sup>376</sup> como acontece con el recurso de revisión<sup>377</sup>.

En líneas generales, se siguen las puntualizaciones efectuadas en la jurisprudencia de amparos y en particular en lo que se refiere al término *enjuiciamiento*. Sobre el mismo se adujo que, para efectos de determinar su concurrencia, debe existir un proceso penal previo y válido en el que concurra la igualdad del sujeto, la igualdad de los hechos y la igualdad de fundamento. En dicho proceso el imputado debe haber sido expuesto, investigado y juzgado, condenándole o absolviéndole. En otras palabras, tuvo que haberse emitido una resolución concerniente al fondo y con carácter definitivo<sup>378</sup>.

374. Claramente, la referida sentencia señala: «es necesario aclarar que si bien el Tribunal de Honor analizó y valoró los mismos hechos que fueron investigados previamente por las autoridades castrenses dentro del juicio militar que se instruyó al demandante por el delito de desobediencia, ello en ningún momento significa que haya existido un doble juzgamiento. Tal como se dijo *supra*, el Tribunal en mención ha conocido, investigado y analizado la conducta del actor desde la óptica de la *moral militar*, a fin de determinar su responsabilidad moral y no la responsabilidad penal o disciplinaria de aquél; por lo que, con los elementos de convicción que le brindaron los documentos analizados y la entrevista efectuada al demandante, procedió a recomendar la baja del Capitán (...). Recomendación que de acuerdo con la normativa militar no es vinculante, pero que sirvió de base para la emisión de la orden de baja impugnada. Consecuentemente, esta Sala considera que no pudo haber existido desde ningún punto de vista una vulneración al principio constitucional *non bis in idem*».

375. Importante es en este sentido, lo estipulado en el sobreseimiento dictado el 6/VII/2007 –ref. 165-2006– en el mismo se señaló: «cuando existe una resolución que ha pasado en autoridad de cosa juzgada, tal resolución ha llegado al punto de configurar una realidad jurídica que no puede ser ignorada por otras autoridades jurisdiccionales, pues de lo contrario, se eliminaría la eficacia de lo resuelto, y ello –por regla general– constituiría un claro atentado contra la seguridad jurídica».

376. La jurisprudencia constitucional emitida en esta sede, estipula como regla general que la cosa juzgada «puede entenderse desde dos sentidos, uno formal y otro material, el primero supone firmeza de las decisiones jurisdiccionales, en cuanto que en el proceso se produce la impugnabilidad de la resolución y la ejecutabilidad de la misma; conforme al segundo, el objeto procesal no puede volver a ser investigado, ni controvertido, ni propuesto en el mismo proceso, y en ningún otro posterior. (...) Pero independiente de tales matices, lo relevante es que, en términos generales, la cosa juzgada supone como efecto positivo que lo declarado en sentencia firme constituye una verdad jurídica, y como efecto negativo supone la imposibilidad de que se produzca un nuevo pronunciamiento sobre el tema decidido; de ahí el impedimento de reproducir el proceso con un mismo objeto y respecto a los mismos imputados procesados». Al respecto, SHC de 21/XI/2007 –ref. 183-2006R–.

377. SHC de 21/XI/2007 –ref. 183-2006R–.

378. SHC de 8/X/2003 –ref. 43-2001– y que repite lo expuesto en la decisión de 27 /I/2000 – ref. 371-99R–.

Pero como se ha señalado en líneas anteriores, también se ha entendido como la prohibición de que el Estado procese a un mismo imputado dos veces, en forma concurrente o continua tratándose de un idéntico hecho, pues el principio constitucional en estudio es parte del conjunto de garantías que protegen a la persona durante el desarrollo de un proceso penal<sup>379</sup>.

De forma más detallada, el *eadem persona* supone que el imputado debe ser el mismo en uno y en el otro proceso penal; el *eadem res* que los hechos penalmente atribuidos –léase acontecimiento histórico– sean los mismos que existen en el proceso antiguo, resultando irrelevante que pueda ser subsumido en diferentes categorías jurídicas. De no ser así, se posibilitarían nuevas persecuciones penales so pretexto de encuadrarse en valoraciones distintas a la anterior<sup>380</sup>. Por último y en cuanto a la *eadem causa petendi* supone la identidad del sustrato fáctico y del fundamento jurídico, sin dejar de lado que la prohibición del doble juzgamiento admite excepciones que ya se encuentran previstas en la ley<sup>381</sup>.

Al igual que en los casos de amparo, a efectos de su control constitucional, se hace necesario conjugar tres identidades: (a) identidad de la persona perseguida; (b) identidad del objeto de la persecución o del hecho; e (c) identidad del motivo de la persecución<sup>382</sup>. Y puede estudiarse igualmente en qué casos se ha admitido estar en presencia de unos mismos hechos o de un mismo motivo de persecución. Así:

- a) Puede citarse el caso conocido bajo el número de referencia 7-2007 –SHC 24/VIII/2007– en que el favorecido por el procedimiento constitucional había cometido varias acciones delictivas y por las que era procesado por diferentes tribunales. Con mucho acierto, se sostuvo que no existía concordancia de los hechos en los diferentes procesos pues se trataban de hipótesis fácticas diferentes y en consecuencia distintos motivos de persecución.

De la misma forma se resolvió en la SHC emitida el 27/VII/2000 –ref. 178-2000–, en la que el imputado era procesado por dos delitos de estafa cometidos en diferente ocasión a una misma víctima –la primera al hacerse cargo de la defensa de su hijo en un proceso penal y la segunda cuando se comprometió con varias personas a resolver un problema con una entidad de crédito–<sup>383</sup>.

379. SHC de 27 /I/2000 –ref. 371-99R– De igual forma, SCH de 14/VI/2000 –refs. 142-2000 y 143-2000–.

380. En este sentido, la SC es enfática en afirmar que: «la garantía del *ne bis in idem* no obstaculiza perseguir a la misma persona por un mismo delito cuando se trata de comportamientos históricos diversos; sino volver a perseguir a la persona por un mismo hecho histórico, cualquiera que fuere la denominación jurídica utilizada. En otras palabras, la prohibición apunta a la persecución penal simultánea o múltiple de los mismos hechos llevada a cabo en procesos diferentes, aún y cuando éstos acepten una calificación jurídica diversa». Al respecto, SHC de 4/IX/2006 –ref. 198-2005–.

381. *Ibidem*.

382. En esto, la Sala de lo Constitucional ha seguido en este punto la exposición que realiza BINDER, *Introducción al Derecho Procesal Penal*, 167-175.

383. En el referido proceso se sostuvo que cuando sea «... posible afirmar que se trata de procesos penales en los que se investigan hechos diversos (...) ello no permite considerar que se trate de una misma causa».

Distinto se resolvió en la SHC de 10/12/2003 –ref. 111-2003R–, donde al actor del referido proceso constitucional se le encontró al momento de su captura un cheque, una tarjeta de circulación y una licencia de conducir falsos. Por estos hechos, la Fiscalía General de la República presentó dos requerimientos en tribunales distintos: el primero por estafa agravada en grado de tentativa –por el cheque– y el segundo por uso de documentos falsos –con relación a la tarjeta y la licencia–. Se comprobó en el *iter procesal* la identidad de ambos objetos materiales y hasta que una misma pericia grafotécnica había sido agregada en ambos procesos.

Mención aparte merece el caso analizado bajo el número de referencia 198-2005 –SHC de 4/IX/2006– en el que el impetrante –ocupando su cargo de sargento policial– permitió que 2 agentes bajo su mando golpearan a un detenido hasta conseguir su muerte. Al percatarse de ello, le manifestó a los ejecutores materiales que «estaban en problemas» y les sugirió llevar el cadáver a un lugar, hacerle unos disparos y colocar el cadáver en una determinada posición en el suelo. Posición en la que fue encontrado por el equipo de medicina legal.

Quien estaba a cargo de la operación fue procesado inicialmente por los delitos de encubrimiento y fraude procesal con relación a sus subordinados. Sin embargo, el ministerio público fiscal solicitó la ampliación de la acusación por el delito de homicidio en comisión por omisión, ya que el referido sargento pudo observar como los otros agentes golpeaban al detenido hasta matarlo.

El Juez de Instrucción pertinente decidió sobreseer provisional sobre este último cargo; y, posteriormente, el Tribunal de Sentencia competente –luego de haberlo acumulado a otro juicio donde era procesado otro interviniente– decidió absolverlo por el delito de fraude procesal y condenarlo a la pena de prisión de 1 año por el encubrimiento.

Dentro de ese *iter*, la FGR apeló del auto de sobreseimiento provisional en el caso del homicidio agravado en comisión por omisión el cual fue revocado por la Cámara respectiva, admitiéndose posteriormente la acusación y dictándose sentencia condenatoria de diez años con ocho meses por parte del Tribunal de Sentencia por los delitos de homicidio culposo en comisión por omisión en concurso con el de lesiones graves.

En este caso, la SC determinó que no había violación al *ne bis in idem* en la medida que se trataba de un mismo hecho que generó comportamientos ilícitos distintos realizados en un sólo contexto histórico. Evidentemente que se trata de hechos perseguibles en un solo proceso penal, pero que en virtud del recurso de apelación, tuvieron que haber sido conocidos en forma separada<sup>384</sup>.

384. A mi parecer la decisión adoptada por el Tribunal de Sentencia es insatisfactoria, pues si una vez fue condenado por los delitos de homicidio culposo y lesiones, no tiene sentido condenarlo por encubrimiento. A menos que erradamente se entienda que todo autor o partícipe que interviene mediante acuerdo previo o tácito, por el hecho de ocultarse o guardar los instrumentos del delito, tenga necesariamente que ser procesado también por encubrimiento. En realidad, se trata de una conducta si se quiere co-pena o más bien técnicamente hablando consumida por los delitos en los que se participa.

- b) En cuanto al segundo tópico, y en los mismos términos que se ha hecho en los procesos de amparo, se ha sostenido que no resulta inobservado el *ne bis in idem* cuando se procesa a un empleado judicial por el delito de concusión y también se le siguen las diligencias de remoción del cargo, pues el motivo de persecución es distinto<sup>385</sup>. De igual forma sucede cuando la utilización ilícita de documentos mercantiles dé lugar a un proceso civil –incumplimiento de obligaciones derivadas de un contrato civil o mercantil– y uno penal –estafa–, pues en estos casos falta «la identidad fáctica entre ambos procesos» siendo desiguales los objetos enjuiciados<sup>386</sup>.

De forma distinta se entendió en el caso de una sanción disciplinaria impuesta por la Sala de lo Civil de la Corte Suprema de Justicia a un ejecutor de embargos –seis meses de suspensión de la autorización y devolución del sello, carnet y circular de vigencia de la fianza– al que también se le inició un proceso penal por el delito de apropiación indebida. Aquí, a diferencia de la argumentación relativa a una distinta imputación, se sostuvo que en el proceso disciplinario no existió restricción a su libertad ambulatoria, y que las diligencias iniciales de investigación no pueden entenderse verdaderamente como un proceso penal y mucho menos como un juzgamiento<sup>387</sup>.

#### 11.4. En la jurisprudencia de otras Salas de la Corte Suprema de Justicia

Su desarrollo en los precedentes dictados por la Sala de lo Contencioso Administrativo –SCA–.

La SCA ha señalado que de acuerdo a los principios de proporcionalidad y cosa juzgada es que se prohíbe la aplicación de dos o más sanciones, o el desarrollo de dos o más procedimientos –en uno o más órdenes sancionadores–, al existir una identidad de sujetos, hechos y fundamentos, y siempre y cuando no exista una relación de supremacía especial de la Administración<sup>388</sup>.

Desde esta perspectiva, a la SCA le han interesado los conflictos que se desarrollan ante la concurrencia de sanciones provenientes de dos órganos de la Administración.

Así, en el proceso 128-C-97 –en el cual se impuso una multa a una empresa prestamista, tanto por la Superintendencia del Sistema Financiero como por la Superintendencia de Valores por una misma violación al art. 101 de la Ley del Mercado de Valores– se sostuvo que la última institución mencionada «no podía tramitar paralelamente a la Superintendencia del Sistema Financiero, un proce-

385. SHC de 1º/III/2002 –ref. 116-2001–.

386. Auto de improcedencia dictado el 26/I/2004 –ref. 147-2003–.

387. Auto de sobreseimiento dictado el 11/II/2003 –ref. 235-2003–.

388. Véase la SSCA 9/VII/1999 –ref. 128-C-97–.

dimiento por situaciones coincidentes»<sup>389</sup>. En consecuencia, se determinó en el proceso la existencia de una identidad entre hechos, sujetos y motivo sancionador –inobservancia del art. 101 de la Ley del Mercado de Valores–.

Igualmente, la SCA ha conocido de conflictos suscitados entre la jurisdicción civil y la Administración con relación a la contratación administrativa. Así, en el proceso 331-2007 –sentencia de 11/III/2010– se estudió el caso en el que una empresa fue demandada civilmente por parte del Ministerio de Agricultura y Ganadería; y, resultando absuelta de una pretensión relativa al incumplimiento de cláusulas contractuales, la administración decidió seguir con un procedimiento administrativo que terminó con la imposición de una sanción equivalente a 361,296.72 US\$, monto igual al perseguido en el inicial proceso civil.

En la referida decisión, se determinó que el hecho vertido en la jurisdicción civil y en el proceso administrativo sancionatorio era el mismo, así como los sujetos y la causa de persecución –el incumplimiento de una cláusula del contrato como hecho generador–. Por ende, la violación a la prohibición del *bis in idem* era más que evidente.

También la referida Sala ha conocido de los conflictos que se suscitan entre la jurisdicción penal y el régimen disciplinario policial. Por ejemplo, en la sentencia emitida el 8/II/2007 –ref. 318-M-2004– se conoció de dos ex agentes policiales que fueron procesados por las faltas disciplinarias contenidas en el art. 37 del Reglamento Disciplinario de la Policía Nacional Civil –numerales 8, 13, 23 y 25– e, igualmente en sede jurisdiccional por el delito de «encubrimiento en la falsificación de señas y marcas» del que fueron sobreseídos por un Juez de Paz del distrito judicial de San Salvador, por no existencia de indicios suficientes sobre su autoría o complicidad en el hecho. Como resultado del procedimiento disciplinario se dictó la destitución de ambos, y la cual fue confirmada por el Tribunal de Apelaciones de la PNC.

En la decisión aludida, la SCA enuncia toda una línea argumental que ha sido seguida en sucesivos pronunciamientos, a saber: (a) la potestad sancionadora de la Administración se concreta en dos vertientes: una externa, en que ella se encuentra facultada para aplicar un régimen de sanciones a los particulares que infringen el ordenamiento jurídico; y una interna, que se desarrolla sobre los agentes que se hallan integrados en su organización, en virtud de la cual puede aplicar sanciones de diversa índole ante el incumplimiento de los deberes y obligaciones que el

389. Se sostiene en los considerandos de SSCA 9/VII/1999 –ref. 128-C-97–: «la problemática no se centra en la competencia de la entidad demandada, sino en la validez de haberse tramitado e procedimiento sancionador en debate, cuando el trámite de la Superintendencia del Sistema Financiero no había concluido aún. Ha quedado establecido que a la fecha en que se inició el procedimiento de la Superintendencia de Valores, aun no estaba firme la resolución emitida por la Superintendencia del Sistema Financiero. No obstante se alegue que se sancionaría por un “periodo diferente” claramente se trató de continuar sancionando hechos cuya licitud aún no había sido definida. Además, los procedimientos se entrecruzaron, bajo riesgo –como efectivamente se dio– de que se tomaran en cuenta dos veces los mismos supuestos».

cargo les impone, con el propósito de conservar la disciplina interna y garantizar el regular ejercicio de las funciones públicas –régimen de sujeción especial–;(b) la peculiaridad de estas últimas sanciones deriva, entonces, de esa actuación en su propio ámbito interno o doméstico y por ello están abocadas a la propia protección de la administración; pero, sin perjuicio de señalar que están sujetas a las garantías constitucionales generales;(c) en el caso sometido a análisis, en la jurisdicción penal el bien jurídico tutelado fue la *fe pública*, mientras que en las infracciones disciplinarias se trataba del *buen desempeño de la función policial*. Por ende, el conjunto de infracciones reguladas en el ordenamiento administrativo policial no pretenden proteger los bienes jurídicos que ya gozan de protección en el Código Penal, sino que esta regulación tiene por finalidad proteger la integridad y credibilidad de las personas que laboran en la institución policial.

En cuanto a los ámbitos de la heterotutela administrativa, la tesis de los distintos ámbitos de protección, fue utilizada nuevamente para resolver el supuesto sometido bajo el expediente 87-T-2003 y que concluyó con el dictado de la sentencia el 28/XI/2007. En el mismo, se conoció de la comercialización de sustancias químicas prohibidas –TDI y POLIOL– y que fue constitutivo del procesamiento penal por el delito de «elaboración y comercio de productos químicos y sustancias nocivas» –art. 271 CP– en el Tribunal 3º de Sentencia de San Salvador. Adicionalmente, el Ministerio de Medio Ambiente y Recursos Naturales ordenó instrucción formal y sustanciación del procedimiento administrativo sancionador, el cual concluyó con la imposición de una multa por la infracción de lo establecido en el art. 86 literal l) de la Ley de Medio Ambiente al no haberse solicitado a la referida entidad permiso para la importación de dichas sustancias peligrosas.

La SCA determinó que en ambos procedimientos se están sancionando hechos diferentes, pues en el informativo penal se protege la salud pública mediante una acción peligrosa y en el administrativo realizar conductas sin el permiso requerido.

Conforme a tales consideraciones, al tratarse de bienes jurídicos distintos y de motivos de persecución diferentes no existe violación a la prohibición constitucional del múltiple procesamiento. Y esto es aplicable aún en supuestos en que participan dos entidades con potestades disciplinarias distintas: cuando una autoridad judicial impone amonestaciones escritas a un empleado del tribunal por diferentes acciones; pero cuando en general existe un reiterado mal comportamiento del subalterno que lo hace merecedor de un expediente ante el Tribunal del Servicio Civil a fin de lograr su destitución.

En este sentido, la SCA ha entendido conforme a la doctrina esbozada líneas atrás, que la Ley del Servicio Civil tiene como finalidad «advertir o prevenir a las personas que laboran en la Administración Pública, sobre su desempeño, en el sentido de que puedan dar un cambio de actitud en sus labores cotidianas», finalidad distinta a la que persiguen las amonestaciones. De igual forma, el despido no se debió a hechos ya sancionados por la Juez del referido tribunal en el ejercicio de

sus potestades disciplinarias, sino a un «incumplimiento reiterado» o «grave» en el desempeño de las funciones del empleado cesado<sup>390</sup>.

*Su desarrollo en los precedentes dictados por la Sala de lo Penal –SP–.*

Al igual que las otras dos Salas, la SP comparte en términos generales el entendimiento del *ne bis in idem* como una prohibición del doble juzgamiento, que aparece contenido en el art. 7 CPP<sup>391</sup>, afirmando la necesidad de que exista la ya periclitada triple identidad para su efectiva comprobación procesal<sup>392</sup>.

Ahora bien, en cuanto al elemento *eadem res* o mismo hecho, estipula que la identidad de objeto alude a la conducta captada por «dispositivo típico de la Ley Penal, donde los elementos concurrentes de cada uno completan o agotan los alcances del injusto». Para el caso, el delito de robo se perfecciona con la disponibilidad de las cosas sustraídas y, por ello, cualquier hecho acaecido en un momento posterior dará lugar a ilícitos penales diferentes como a distintas y legítimas persecuciones penales por acciones penales autónomas.

Conforme a tales premisas se resolvió el supuesto conocido en la sentencia dictada el 5/X/2004 –ref. 23-CAS-2003–. El supuesto de hecho consistió en el robo a un establecimiento y momentos después –sin tener conocimiento los agentes policiales del ilícito inicial– son detenidos los hechores en un retén vehicular por no presentar la documentación respectiva que ampare la titularidad de la mercadería que llevaban en un vehículo. Así, se presenta requerimiento ante el Juzgado de Instrucción de Mejicanos por los delitos de conducción de mercaderías de dudosa procedencia y tenencia, conducción o portación de armas fuego; delitos de los que fueron sobreesidos por falta de acusación fiscal.

Sin embargo, la FGR –un día antes de la celebración de la audiencia preliminar en la sede judicial de Mejicanos– presenta en el Juzgado Tercero de Paz de San Salvador otro requerimiento por el delito de robo agravado, siendo condenados por el Tribunal Segundo de Sentencia de San Salvador<sup>393</sup>. En este caso, la SP avaló la condena seguida en el segundo proceso por tratarse de hechos diferentes a los conocidos en el primero.

En cuanto a la identidad de la persecución, la SP descarta que exista una violación al *ne bis in idem* cuando resultan dos bienes jurídicos distintos afectados y que den lugar a procedimientos distintos. Por ejemplo, entre la falta de «peligro para la

390. Al respecto, véase la SCSA de 20/VI/2008 –ref. 163-2005 –.

391. Véase la sentencia dictada el 5/X/2004 –Ref. 23-CAS-2004–.

392. Véanse las sentencias dictadas el 4/IX/2009 –Ref. 599-CAS-2006– y 22/II/2005 –253-CAS-03–.

393. Los recurrentes en casación, alegaron que el órgano acusador debió haber modificado los términos del proceso sustanciado en Mejicanos añadiendo la calificación de Robo agravado. Sin embargo, al decidir requerir en un segundo proceso en San Salvador tomando como base los mismos hechos sostuvieron que se inobservó la garantía contenida en el art. 11 Cn.

seguridad de la personas» (398 N° 3 CP) y «lesiones culposas» (146 CP en relación con el 20 CP)<sup>394</sup>.

Un caso que merece ser estudiado detenidamente es el de la reincidencia, y el cual fue conocido en la sentencia del 23/VII/2008 –ref. 63-CAS-2006– particularmente en lo que se refiere a la circunstancia agravante contemplada en el art. 54 literal i) de la LERARD–«[q]ue el autor haya sido declarado culpable, en un delito análogo, por un tribunal nacional»–.

En tal decisión, se relaciona un concepto doctrinario de la reincidencia que se entiende como una circunstancia agravante subjetiva, que consiste en haber sido el reo condenado ejecutoriamente con anterioridad por el delito comprendido en el mismo Título del código, siempre que sea de la misma naturaleza<sup>395</sup>. De tal forma, el referido tribunal superior entiende que tal figura supone la recaída en el delito y opera como un efecto acrecentador de la pena y por tanto, la condena al repetidor se impone con mayor gravedad.

Adicionalmente expone una variedad de argumentos a favor de su aplicación en el procedimiento penal, así: (a) tal figura puede ser incluida dentro del sistema punitivo sin que por ello contraríe el contenido de la ley primaria<sup>396</sup>; (b) corresponde al legislador expedir los ordenamientos que rigen al sistema penal, estableciendo cuales conductas requieren una sanción mínima o máxima atendiendo a la lesión del bien jurídico; (c) la reincidencia, tanto en su regulación general como la que se realiza en la LERARD, tiene como fundamento un mensaje persuasivo que se dirige a quien ha sido condenado previamente por la comisión de un hecho punible y cometa otro –desestimular conductas–; (d) su fundamento radica en la mayor gravedad de la culpa, esto es, la voluntad demostrada por parte del sujeto activo del delito de quebrantar repetidamente la ley, no obstante su previo conocimiento respecto de la antijuridicidad de sus conductas; en suma hay un mayor reproche en estos casos<sup>397</sup>; y, (e) ello no supone nunca el entendimiento de la reincidencia como una forma de peligrosidad, pues nos llevaría a un Derecho Penal de autor inaceptable.

394. Véase la sentencia dictada el 4/IX/2009 –ref. 599-CAS-2006–.

395. En este caso, se siguen las puntualizaciones efectuadas por MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *Derecho Penal*, parte general, 3° Edición, 542.

396. Al respecto se sostiene: «A propósito de ello, debe señalarse que en respuesta a la facultad del legislador de confeccionar la normativa secundaria, otorgada por los artículos 122 y siguientes de la Constitución, cuenta con la amplia potestad de reglar cuestiones penales y penitenciarias; sin embargo, encuentra límites establecidos por ésta, que no permiten una actuación arbitraria, ya que se tutelan derechos fundamentales inherentes a la persona humana, el debido proceso y sus criterios de razonabilidad y proporcionalidad, el derecho de defensa y la represión del delito».

397. Este fallo coincide en sus líneas generales –al efectuar un estudio de derecho comparado– por el dictado por la Corte Suprema Argentina (Fallos 311:1451) en el que estableció: «la mayor severidad en el cumplimiento de la sanción no se debe a la circunstancia de que el sujeto haya cometido el delito anterior, sino al hecho de haber sido condenado en esa oportunidad y obligado a cumplir penal privativa de libertad lo que pone en evidencia el mayor grado de culpabilidad de la conducta posterior a raíz del desprecio que manifiesta por la pena quien, pese a haberla sufrido antes recae en el delito».

Con relación a si tal figura penal inobserva la garantía de la inadmisibilidad del múltiple juzgamiento, el máximo tribunal penal salvadoreño señala que no, ya que la identidad del objeto y la causa son distintas. Así, no es la causa de persecución la misma plataforma fáctica, pues se trata de hechos nuevos cometidos por el mismo infractor. Y la sanción no es impuesta conforme la personalidad de la persona imputada, sino por el acto negativo causado antes de haber transcurrido cinco años de ejecutoriada la condena. De esta forma, el dato de los hechos conocidos anteriormente solo sirve para valorar el contenido de injusto y su consiguiente castigo, es decir, para fijar y determinar la extensión de la pena a imponer<sup>398</sup>.

## XII. El desarrollo del *ne bis in idem* en la jurisprudencia comparada: Argentina y España

El análisis de la jurisprudencia argentina y española es sumamente importante en razón de que en ambos ordenamientos constitucionales nos encontramos ante un principio que no encuentra expresamente establecido en sus constituciones nacionales –art. 18 Constitución argentina y 25 de la Constitución española–<sup>399</sup>. Sin embargo, ello no es óbice para que los tribunales superiores de ambos países lo reconozcan vía jurisprudencial y desarrollen su aplicación en casos concretos<sup>400</sup>.

Empero, las multiplicidad de casos que han sido cometidos a su conocimiento, origina líneas de aplicación sumamente diversas y que en Argentina se han enfocado exclusivamente en el procedimiento penal –con precisión en materia de nulidad del procedimiento instructorio o acerca de los efectos del sobreseimiento de cara a un nuevo proceso– mientras que en España el desarrollo jurisprudencial

398. Se advierte en la referida decisión un contraste sumamente importante entre reincidencia y la proporcionalidad de la pena. Se sostiene entonces que: «no puede considerarse que la norma acusada sea desproporcionada, pues cuando existan circunstancias especiales, la pena se podrá aumentar a partir de la sanción básica y en forma razonable. En ese sentido, la misma disposición establece que la sanción se aumentará siempre que la nueva infracción haya sido cometida antes de haber transcurrido cinco años de ejecutoriada la condena. Ello supone, que la medida se ajusta al principio de proporcionalidad, pues hay una correlación y equilibrio entre la nueva conducta y la sanción a imponer. Para que sea jurídicamente admisible la sanción atribuida en razón de una conducta que ya fue objeto de condena penal es indispensable, además, que el interés jurídicamente protegido sea distinto, lo cual obviamente ocurre para el caso de autos».

399. En el caso argentino, se ha sostenido que el principio en examen deriva del art. 18 de la Constitución argentina que consagra la inviolabilidad del derecho de defensa. Sobre ello: CARRIÓ, *Garantías Constitucionales en el Proceso Penal*, 441. MAIER por su parte sostiene que aunque tal garantía no se previó de forma expresa en el texto constitucional, la misma se entiende como una garantía no enumerada, pero que surge del sistema republicano y del Estado de Derecho. Al respecto, véase su *Derecho Procesal Penal*, citado, 596. GÚZMÁN, por su parte, sostiene que la constitucionalización de la regla se hizo explícito a partir de 1994, en el que se incorporó al plexo constitucional los tratados internacionales que se refieren al tema. Al respecto, véase su artículo: «El neopunitivismo en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: un pronóstico incierto para el *ne bis in idem* y la cosa juzgada», en: A.A.V.V., *Neopunitivismo y neoinquisición*, 207.

400. En un tono simplemente irónico, sostienen GONZÁLEZ PÉREZ/GONZÁLEZ NAVARRO, y en relación a su desarrollo a partir de la importante sentencia 2/1981, afirman en términos que reproduzco literalmente: «...nuestra Constitución se olvidó de la regla prohibitiva del *bis in idem*. Pero el Tribunal Constitucional –que por algo tiene “superpoderes” – lo ha encontrado escondido en las reglas de tipicidad y reserva legal (...). Una regla que a primera vista parece muy simple y que, sin embargo, oculta un semillero de problemas (...). Que nuestro Tribunal Constitucional –como algunos personales de los “tebeos” de moda– tiene superpoderes no puede negarse ya. Porque –dotados de una especie de “rayos X”– es capaz de ver lo que nadie ve: que en los principios de legalidad y de tipicidad se esconde la famosa regla *non bis in idem*». Al respecto, véase: *Comentarios a la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común*, 2926 y 2927.

desde la paradigmática sentencia 2/1981 del Tribunal Constitucional que lo reconoce –la segunda dictada luego de su conformación– ha creado una diversidad de soluciones que han incidido claramente en la posterior regulación administrativa, particularmente en el ámbito de la duplicidad de sanciones administrativas y penales por un mismo. Aunque merece señalar con un desarrollo que en muchos casos resulta altamente contradictorio y polémico.

## 12.1 Argentina

En el *leading case* resuelto por la Corte Suprema de Justicia de la Nación –CSJN– y en el que apareció de forma tangencial el *ne bis in idem*, es el caso de *Angel Mattei* –sentencia de 29/XI/1998– en el que un juez de instancia precluyó el periodo instructorio y ordenó la apertura del plenario<sup>401</sup>.

Sin embargo, un tribunal de alzada declaró nulo lo actuado, sobre la base que el instructor no había agotado la investigación. De esta forma, retrocedió el proceso a su etapa inicial, pese a que el procesado llevaba más de cuatro años en detención provisional. La Corte resolvió que el proceso penal se integra con una serie de etapas a través de las cuales y en forma progresiva se tiende a poner al juez en condiciones de pronunciar un veredicto de absolución o condena, y por ello, cada una de esas etapas constituye un presupuesto necesario para la que sigue.

Por ende, no es posible eliminar una de ellas sin afectar la validez de las que suceden, todo ello en relación a los principios de progresividad y preclusión que disciplinan el *iter procesal*.

En el caso comentado, la no realización de determinadas diligencias no es motivo suficiente para decretar la nulidad de lo anteriormente actuado y particularmente para someter al encartado a que soporte de nuevo otro proceso instructorio. Ello pone en riesgo principios tan importantes como el «*non bis in idem*», el «*in dubio pro reo*», el derecho de defensa y el juzgamiento dentro del plazo razonable<sup>402</sup>.

Sin embargo, el fallo explícito en la materia es sin duda el caso de *Federico Polak* –sentencia de 15/X/98– el cual fue juzgado por un delito oficial por un juez correccional, y en que el fiscal –al encontrarse ante nuevos hechos– pidió que el mismo se declarara incompetente en razón de la materia debido a que se trataba de un hecho más grave que el inicialmente juzgado e instar su juzgamiento en otro tribunal<sup>403</sup>. El juez rechazó la petición y dictó sentencia.

401. Fallos 272:188.

402. En realidad en el caso *Mattei*, lo que se discutió con mayor énfasis, es que la garantía en juicio consagrada por el art. 18 de la Constitución argentina, es que todo imputado tiene el derecho de obtener luego de un juicio tramitado en legal forma un pronunciamiento que, definiendo su posición frente a la ley y la sociedad, ponga término, del modo más rápido posible, a la situación de incertidumbre y de innegable restricción de la libertad que comporta el enjuiciamiento penal.

403. Fallos 321:2826.

Al efecto, la CSJN, sostuvo que una interpretación amplia de la garantía contra el múltiple juzgamiento conduce no sólo a la inadmisibilidad de imponer una nueva pena por el mismo delito, sino que lleva a la prohibición de un segundo proceso por el mismo delito, sea que el acusado haya sufrido penal o no, y sea que en el primer proceso haya sido absuelto o condenado. Así explicó que: «ello es así porque a partir del fundamento material de la citada garantía, no es posible permitir que el Estado, con todos sus recursos y poder, lleve a cabo esfuerzos repetidos por condenar a un individuo por un supuesto delito, sometiéndolo así a molestias, gastos y sufrimientos, y obligándolo a vivir en un continuo estado de ansiedad e inseguridad, y a aumentar, también, la posibilidad de que, aun siendo inocente, sea hallado culpable».

Desde esta óptica, y siguiendo particularmente precedentes de la Corte Suprema de Estados Unidos de América, si bien el imputado no tiene un derecho a la absolución cuando el reenvío del juicio se funda en errores ordinarios del procedimiento, hay casos en los que el Estado no tiene derecho a un nuevo juicio, como acontece cuando el fiscal manipula el juicio para evitar una posible absolución; manteniendo así la oportunidad de un nuevo juicio por errores originados por él mismo. Por ende, existe violación a la prohibición del múltiple procesamiento en los casos de errores estatales, que buscan ser subsanados mediante un nuevo procedimiento.

Otra situación interesante es la que se estudió en el caso *Oscar Plaza y otros* –sentencia dictada el 11/II/1986– los hechos versaron sobre el dictado un sobreseimiento definitivo, que fue posteriormente anulado por una Cámara de Segunda Instancia, sin haber sido solicitado por ninguna de las partes al interponerse el recurso de apelación<sup>404</sup>.

En el mismo el Procurador General de la Nación hilvanó una argumentación sumamente interesante acerca de la institución jurídica de la cosa juzgada, señalando que «la autoridad de cosa juzgada tiene jerarquía constitucional y no es susceptible de alteración ni aun por vía de la invocación de leyes de orden público. Admitir la revisión de sentencias finales firmes con fundamento en el orden público de las competencias equivaldría a la abrogación de la garantía penal».

Al efecto, la CSJN dictaminó que si bien el sobreseimiento no constituye estrictamente la sentencia definitiva de la causa, si cabe equipararla por sus efectos es decir porque puede ocasionar perjuicios de imposible o tardía reparación ulterior<sup>405</sup>.

Agregó igualmente –como se sostuvo en *Polak* y en su antecesor *Ángel Pizutti* la cual fue una sentencia dictada en 23/X/1972– que la prohibición de la múltiple

404. Fallos 308:84.

405. En esto ha sido coincidente también la doctrina argentina. Así VÁSQUEZ ROSSI sostiene: «[a] los mismos efectos opera el sobreseimiento definitivo que, en tal sentido es idéntico a una sentencia». Véase al respecto su obra: *Derecho procesal penal*, Tomo 1, 293.

persecución penal no veda únicamente la aplicación de una nueva sanción por un hecho anteriormente penado, sino también la exposición al riesgo de que ello ocurra mediante un nuevo sometimiento a juicio de quien ya lo ha sufrido por el mismo hecho; porque en tal sentido, el solo desarrollo del proceso desvirtuaría el derecho invocado, dado que el gravamen en materia de agravio no se disiparía ni aún con el dictado de una ulterior sentencia absolutoria<sup>406</sup>.

Un aspecto que sí merece destacar en el citado fallo, es lo relativo a las excepciones del principio relativo a la *res iudicata*, señalando que constituye uno de los principios esenciales en que se funda la seguridad jurídica y por ende debe ser respetado. Sin embargo, no cabría ser alegado cuando no ha existido un auténtico y verdadero proceso judicial, sino que únicamente cuando ha existido un juicio regular en el que se ha garantizado el contradictorio y un fallo libre por parte de los jueces.

Tal tesis fue ampliada en el caso *Julio Mazzeo y otros* –sentencia dictada el 13/VI/2007<sup>407</sup>– en el que se dictó sobreseimiento definitivo a favor del imputado por presunta participación en hechos de homicidio, privación ilegítima de la libertad, torturas, lesiones y violaciones de domicilio, en distintas épocas y con la concurrencia de personas que formaban parte de las Fuerzas Armadas y de la Seguridad del Estado, con sustento en que había sido indultado por decreto 1002/89.

Diecisiete años después, a partir de una presentación conjunta de diversas personas, el juez federal actuante declaró la invalidez constitucional del decreto y privó de efectos al sobreseimiento, auto que fue revocado por la Cámara de Apelaciones. Luego, la Cámara Nacional de Casación Penal declaró la inconstitucionalidad del decreto de indulto, decisión que motivó recurso extraordinario de la defensa.

La CSJN rechazó señaló que si bien la cosa juzgada es uno de los pilares fundamentales sobre los que se asienta el sistema constitucional, ella tiene excepciones. En particular, cuando nos encontramos en presencia de sentencias fraudulentas o dictadas en virtud de cohecho, violencia u otra maquinación. En otras palabras, cuando únicamente se haya efectuado un «remedio de juicio». Pero también, frente a hechos aberrantes y que afecten esencialmente los principios que inspiran la juris-

406. Ello ya había sido señalado por la prestigiosa doctrina penalista argentina, así NUÑEZ señalaba que: «[n]o se trata tan sólo de no ser condenado dos o más veces por el mismo hecho, sino de no ser perseguido de esa manera ante los tribunales de justicia (...). Existe una persecución judicial o proceso jurisdiccional tan pronto como el agente fiscal practica la información sumaria previa a la citación directa (...) o el juez de instrucción inicia la instrucción (...) o tan pronto como el que se pretende ofendido por un delito de acción privada presenta una querrela (...). Se viola la garantía cuando se persigue penalmente a la misma persona por el mismo hecho por el que ya fue perseguida judicialmente por un magistrado competente para perseguir al ya imputado, sobreseído, absuelto o condenado por el título o causa delictiva a que obedece la nueva persecución, aunque la anterior se hubiese hecho por distinto título y al hecho se le hubiere agregado alguna circunstancias que lo atenuare o agravare». Al respecto, véase su *Código Procesal Penal de la Provincia de Córdoba anotado*, 12.

407. M. 2333. XLII. «Mazzeo, Julio Lilo y otros s/ rec. de casación e inconstitucionalidad».

dicción universal, es decir, hechos que afecten el Derecho internacional humanitario o se trate de delitos de lesa humanidad.

Así que con cita expresa de los precedentes establecidos por la CIDH –*Barrios Altos Vs. Perú* y *Almonacid Arellano Vs. Chile*– dictaminó que el instituto de la cosa juzgada y del *ne bis in idem* no resultan aplicables respecto de este tipo de delitos contra la humanidad porque «los instrumentos internacionales que establecen esta categoría de delitos, así como el consiguiente deber para los Estados de individualizar y enjuiciar a los responsables, no contempla, y por ende no admite, que esta obligación cese por el transcurso del tiempo, amnistías o cualquier otro tipo de medidas que disuelvan la posibilidad de reproche».

Por último, conviene referirse al caso *Lorenzo Pousa* –resuelto mediante la sentencia dictada el 21/II/1969– y en el que se avaló la opinión dictada por el Procurador Fiscal cuando sostuvo: «la invocación del art. 18 de la Constitución Nacional...por considerar que el sumario administrativo... significaría instruirle nuevo proceso por hechos que ya se encuentran sometidos a la autoridad judicial competente (...) no funda suficientemente el pretendido óbice constitucional que existiría para que una misma conducta pueda ser objeto de investigaciones paralelas, en sede administrativa y judicial, a los efectos de determinar responsabilidades de diferente naturaleza». El fallo concluye afirmando que: «... sin que sea suficiente al efecto la sola afirmación de que los mismos hechos que dan lugar al trámite administrativo están siendo juzgados en sede penal, ya que obvio parece decir que las responsabilidades en ambas jurisdicciones son de distinta naturaleza. No es atendible, pues la pretendida violación de la garantía del art. 18 de la Constitución Nacional».

Esto llevó a que el máximo tribunal argentino señalara que «...no es atendible la pretendida violación a la defensa en juicio resultante de que una misma conducta puede ser objeto de investigaciones paralelas, en sede administrativa y judicial. Se trata de determinar responsabilidades de diferente naturaleza, ante jurisdicciones también distintas»<sup>408</sup>.

Decisión que ha llevado a decir a la doctrina argentina que existe una total independencia de la sanción disciplinaria con relación a las sanciones penales<sup>409</sup>. Empero, en aquellas situaciones reguladas tanto en el ámbito penal como en el ámbito administrativo como acontece en materia de contrabando, la CSJN –en el caso *Ramón De La Rosa Vallejos* dictada el 10/III/1983<sup>410</sup>– estipuló que habiendo sido sobreseído definitivamente el encartado en un proceso penal en razón que el hecho no constituía delito, él que se encuentra amparado por la garantía cons-

408. Fallos 273:66.

409. CARRÍO, *Garantías constitucionales*, citado, 444-445.

410. Fallos 305:246.

titucional de la cosa juzgada, y respecto del mismo; no se le pueden ser aplicadas medidas sancionatorias por parte de la Administración de Aduanas<sup>411</sup>.

Desde esta óptica expuso que la independencia de la Administración en la materia no cabe entenderla como una autonomía de la resolución judicial relativa a la existencia del hecho, su encuadramiento en alguna de las figuras penales aduaneras y la individualización de los responsables del mismo, pues es imprescindible para la aplicación de las consecuencias accesorias –comiso y multa– la condena de una pena privativa de libertad. Por otra parte, tal independencia se relaciona únicamente con los procedimientos aduaneros «pero no para el juzgamiento sobre la materialidad del ilícito y la individualización de los responsables» sino únicamente para la imposición de sanciones accesorias a las que sí se encuentra facultada la Administración.

## 12.2. España

El Tribunal Constitucional español –TC– en una trascendental decisión dictada el 30/I/1981 –STC 2/81– estableció que: «...el principio general del derecho conocido por *non bis in idem* supone, en una de sus más conocidas manifestaciones que no recaiga duplicidad de sanciones –administrativa y penal– en los casos en que se aprecie la identidad del sujeto, hecho y fundamento sin existencia de una relación de supremacía especial de la Administración –relación de funcionario, servicio público, concesionario, etc.– que justificase el ejercicio del *ius puniendi* por los Tribunales y a su vez de la potestad sancionatoria de la Administración».

En relación a su fundamento, en esa célebre sentencia, dictaminó que «va íntimamente unido a los principios de legalidad y tipicidad de las infracciones recogidas principalmente en el art. 25 de la Constitución»<sup>412</sup>. A partir del tal precedente, se determinó que el *ne bis in idem*, supone en líneas esenciales lo siguiente:

- a) Que exista la triple identidad de sujeto, hecho y fundamento.
- b) Que no exista una relación de sujeción especial entre el sujeto y la Administración en cuanto al hecho de que se trate –por ejemplo: se trate de relaciones disciplinarias–, pues en tal caso sería compatible la imposición de una sanción administrativa con una penal.

Posteriormente, el referido tribunal constitucional resolvió dos tipos de conflictos jurídicos en los que se alegaba clara inobservancia del principio constitucional en estudio:

411. El proceso se muestra sumamente interesante, en la medida que la Administración Nacional de Aduanas en su argumentación señaló que la ley le otorga independencia para el juzgamiento de las infracciones aduaneras, las que a su juicio no dependen de las decisiones judiciales en orden al delito de contrabando y, en consecuencia, rechaza en este ámbito la aplicación del principio de cosa juzgada.

412. STC de 30/01/1981 –ref. 2/81–.

- a) Cuando concurren duplicidad de procedimientos jurisdiccionales, en los que se efectúan diversas calificaciones jurídicas y en los que pueden quedar comprendidas en una sola o en varias infracciones; lo cual también puede acontecer en dos procedimientos administrativos.
- b) Cuando existe duplicidad sancionatoria y procedimental entre la jurisdicción penal y la administración. En este último supuesto se han distinguido los supuestos en los que existe una relación de sujeción o supremacía especial de la Administración de los que existe una situación de supremacía general.

En relación a la primera situación, en la sentencia dictada el 27/XI/1985 –ref. STC 159/1985– se afirmó que si bien es cierto que el *ne bis in idem* no siempre imposibilita la sanción de unos mismos hechos por autoridades de distinto orden y que los contemplan desde perspectivas diferentes (por ejemplo, como ilícito penal y como infracción administrativa o laboral), el mismo sí impide que autoridades del mismo orden, y a través de procedimientos distintos, se sancione de forma repetida la misma conducta. Pues, «semillante posibilidad entrañaría, en efecto, una inadmisión reiteración en el ejercicio del “*ius puniendi*” del Estado e, inseparablemente, una abierta contradicción con el mismo derecho a la presunción de inocencia porque la coexistencia de dos procedimientos sancionadores para un determinado ilícito deja abierta la posibilidad, contraria a aquel derecho, de que unos mismos hechos, sucesiva o simultáneamente, existan y dejen de existir para los órganos del Estado»<sup>413</sup>.

Desde tal perspectiva, cuando los conflictos de aplicación de diferentes procesos o sanciones se correspondan a un mismo orden, para el caso el penal, tales dificultades pueden ser superadas conforme a las instituciones dogmáticas y procesales del concurso de delitos, pluralidad de procesos penales y la excepción de cosa juzgada. En efecto, en la sentencia de 4/XII/1997 –STC 221/1997– se estableció lo siguiente:

«...el principio al que hemos venido aludiendo presenta un distinto alcance en función del modo y tiempo en que se ejerce el *ius puniendi* del Estado. Cuando se produce, con quebrantamiento del mismo, la aplicación de una doble sanción, administrativa y penal, aquél ofrece un perfil claramente diverso al que muestra en aquellos otros supuestos en los que la reacción jurídica represiva se circunscribe exclusivamente a un único ámbito sancionatorio. En lo que concierne a la esfera jurídico-penal, en la que se sitúa el presente amparo, el principio *non bis in idem* aparece vinculado a la problemática referida al concurso de delitos y a la pluralidad de procesos penales, así como a la excepción procesal de la cosa juzgada. Pues bien, hemos de afirmar que si se constata adecuadamente el doble castigo penal por

413. STC de 27/I/1985 –ref. 159/1985–.

un mismo hecho o un mismo sujeto y por idéntica infracción delictiva, tal actuación punitiva habrá de reputarse contraria al art. 25.1 CE, sin que la observancia de este mandato constitucional pueda quedar eliminada o paliada por la naturaleza más o menos compleja del delito cuya imputación ha determinado la doble condena penal. Siempre que exista identidad fáctica, de ilícito penal reprochado y de sujeto activo de la conducta incriminada, la duplicidad de penas es un resultado constitucionalmente proscrito, y ello con independencia de que el origen de tal indeseado efecto sea de carácter sustantivo o bien se sienta en consideraciones de naturaleza procesal»<sup>414</sup>.

Un caso de tales características fue resuelto mediante la sentencia de 15/X/1990 –STC 154/1990– cuyo supuesto de hecho radicaba en un atraco realizado a punta de pistola y que concluyó con una toma de rehenes. El tribunal de instancia lo calificó como un robo con toma de rehenes más dos delitos de detención ilegal, imponiendo una sanción por el primero delito de once años de prisión; y por cada uno de los otros dos, una pena de doce años y un día de reclusión menor.

Dentro de sus considerandos, el TC señaló que el principio *non bis idem* es aplicable también dentro de un mismo proceso o procedimiento, a una pluralidad de sanciones principales ante una identidad de sujetos, hechos o fundamentos, objeto o causa material y acción punitiva. Con ello, se impide sancionar doblemente por un mismo delito, desde la misma perspectiva de defensa social; en otras palabras, que por un mismo delito recaiga sobre un sujeto una sanción penal principal doble o plural, lo que también contradiría el principio de proporcionalidad entre la infracción y la sanción, que exige mantener una adecuación entre la gravedad de la sanción y la de la infracción.

Recuerda el TC, que el legislador califica el delito en un determinado nivel de gravedad fijando unas sanciones proporcionales a tal calificación, dentro de los que habrán de actuar los criterios de graduación; pero aplicada una determinada sanción a una específica infracción, la reacción punitiva ha quedado agotada. En otras palabras, la reacción judicial representada en la pena tiene que estar en armonía o en consonancia con la acción delictiva, por lo que aplicar otra sanción dentro del mismo orden punitivo representaría una ruptura a la proporcionalidad.

Conforme a tales razonamientos, concluye que el juez de instancia inobservó claramente el principio de especialidad, contenido en las reglas que se esgrimen dentro del concurso aparente de normas, y que por ello, se incurrió en una clara inobservancia de las reglas del *ne bis in idem*; siendo procedente efectuar una sola calificación que tenga en cuenta el disvalor de las detenciones ilegales. Es decir, el de robo con toma de rehenes.

414 STC de 04/XI/1997 –ref. 221/1997–.

Un pronunciamiento posterior, y en el que el TC vuelve a enunciar al concurso de delitos y al concurso aparente de normas como mecanismos para evitar un doble enjuiciamiento, es mediante el auto dictado el 11/XII/1995 –ATC 329/1995– en la que sostuvo: «...la interdicción que el principio [ne bis in idem] supone no recae meramente sobre la sanción de los mismos hechos, que es el nervio de la escueta alegación de los recurrentes, sino esencialmente sobre la sanción de la misma infracción. Detenerse en lo primero supondría negar la propia existencia del concurso ideal de delitos, con el correspondiente precio en términos de justicia, proporcionalidad y prevención; a evitar lo segundo –la reiteración punitiva por un mismo delito– tienden las técnicas de resolución del concurso de leyes».

Ello llevó a concluir al referido órgano jurisdiccional que si comparando las dos sentencias, la coincidencia fáctica es meramente parcial y en los que los relatos se refieren a sujetos pasivos distintos así como en el segundo proceso se añaden nuevos comportamientos no existe inobservancia del *ne bis in idem*.

El dato de una nueva sanción sobre la misma infracción, fue igualmente conocido en la decisión dictada el 16/XII/1996 –STC 204/1996– en la que dos personas que no se encontraban habilitadas para ejercer la profesión de óptico fueron condenadas por el delito de ejercicio ilegal de la profesión –intrusismo– al haber abiertos dos establecimientos comerciales dentro de un periodo de tiempo similar que comprendía desde 1987 a los primeros días de 1991 –«Óptica Balear» y «Óptica y Acústica Llompart Socias»–. En esencia, los recurrentes del amparo, fueron condenados en dos ocasiones por aperturar dos establecimientos, sin contar con la calidad profesional para ello; a lo que la Audiencia Provincial consideró hechos distintos y donde eran exigibles distintas responsabilidades penales.

Al efecto, el TC español, consideró que a efectos de la conducta delictiva de intrusismo, la circunstancia de que sus actos se lleven a cabo en el mismo o en distintos lugares –que incluso fueron casi coincidentes en el tiempo– *son parte de la misma conducta típica*. En otras palabras, el tipo penal habla de realizar «actos propios de una profesión» por lo que la característica de habitualidad es esencial en la conducta, y no se corresponde a actos aislados. En suma, no se tratan de hechos distintos sino de situaciones ya comprendidas en el ilícito penal conocido y sancionado en el primer procedimiento penal, puesto que eran actos de ejercicio sin título de la profesión de óptico. Se inobserva entonces el principio de legalidad en el cual resulta incluido el *ne bis in idem*.

Un caso con parámetros más o menos similares, aunque tratándose de infracciones de naturaleza disciplinaria, fue resuelto en la sentencia dictada el 12/III/2007 –ref. 48/2007–.

La situación sometida a control constitucional radicaba en que un recluso se negó a cumplir una orden de traslado a un módulo del Centro Penitenciario «La Moraleja». La primera negativa dio lugar a la incoación de un expediente disci-

plinario –418/2002–. Al día siguiente se le hizo un nuevo llamado al que desobedeció y que dio lugar a otro expediente disciplinario –419/2002–. Posteriormente hubo una tercera negativa la orden dando lugar a un tercer expediente disciplinario –420/2002– y un cuarto acto de desobediencia que dio lugar al último expediente disciplinario –486/2002–. En cada uno de ellos se aplicó una sanción de tres a cinco fines de semana de aislamiento en celda.

El TC identificó que los cuatro expedientes fueron incoados por una misma conducta –la negativa a cumplir la orden de traslado al módulo 4– reiterada en idénticas circunstancias –los días 7, 8, 9 de junio y 3 de julio de 2002–. Por ende, los hechos podían ser calificados como una infracción continuada por cuanto se trata de una sola actitud del sancionado que conforme a un plan preconcebido decidió no acatar la orden funcional. Conforme a ello, dio lugar al amparo y remitió el respectivo expediente al Tribunal de Vigilancia Penitenciaria correspondiente, para que cuantificara la sanción correcta haciendo el descuento respectivo por el cumplimiento de la primera infracción que ya había cumplido.

En relación a los conflictos administrativo-jurisdiccional penal, conviene señalar lo resuelto en la sentencia de 3/X/1983 –STC 77/1983– en la que volvió a reiterar que la omisión textual en la Constitución española acerca del *ne bis in idem*, no impide reconocer su vigencia, pues el mismo se encuentra íntimamente unido a los principios de legalidad y tipicidad de las infracciones recogidos en el art. 25 de la norma fundamental. De ello, pueden extraerse las siguientes consecuencias:

- a) La subordinación de la Administración a la jurisdicción. Esto es, que «entre la colisión entre una actuación jurisdiccional y una actuación administrativa haya de resolverse a favor de la primera». Ello conlleva las consecuencias siguientes:
  - i) El necesario control *a posteriori* por la autoridad judicial de los actos administrativos mediante el oportuno recurso.
  - ii) La imposibilidad de que los órganos de la Administración lleven a cabo actuaciones o procedimientos sancionadores en aquellos casos en los que los hechos puedan ser constitutivos de delito o falta según el Código Penal o las leyes penales especiales, mientras la autoridad judicial no se haya pronunciado sobre ellos.
  - iii) La necesidad de respetar la cosa juzgada, la cual despliega un efecto positivo, de manera que «lo declarado por sentencia firme constituye la verdad jurídica y un efecto negativo, que determina la imposibilidad de que se produzca un nuevo pronunciamiento sobre el tema».
- b) Que si bien puede resultar admisible efectuar calificaciones jurídicas diversas en ambos órdenes normativos, ello no puede acontecer con la valoración del

cuadro fáctico «pues es claro que unos mismos hechos no pueden existir y dejar de existir para los órganos del Estado». En otras palabras, no puede la Administración afirmar la existencia de unos hechos, que un juez penal ha determinado que no se han dado dentro del respectivo proceso jurisdiccional.

En resumen, este pronunciamiento erigió la *regla de la subordinación de la actuación sancionadora de la Administración a la actuación de los tribunales de justicia* –que también podríamos denominarlo *principio de prioridad o preferencia jurisdiccional por sobre la actuación administrativa sancionatoria*– cuyas consecuencias son:

- a) Quien debe conocer prioritariamente es la jurisdicción penal y en segundo lugar la Administración.
- b) En caso que la Administración actúe *a posteriori* debe respetar el planteamiento fáctico que la judicatura haya realizado. De no ser así, se traspasarían los límites consagrados en el art. 25 de la Constitución española.

Tal precedente fue modificado mediante la sentencia dictada el 11/X/1999 –STC 177/1999– y el que resolvió los siguientes hechos: una empresa –Industria de Recubrimiento de Metales Lloreda S.A.– fue sancionada por la Junta de Aguas de Cataluña al pago de una multa que ascendió a un millón de pesetas por hechos constitutivos de una falta administrativa menos grave –contaminación de las aguas residuales con sustancias tales como cianuro y níquel–.

Sin embargo, el órgano administrativo dio aviso a la policía judicial por la probable comisión de un delito medio-ambiental. Y al efecto, se sustanció un procedimiento penal en contra del director de la empresa, en el que alegó ya haber sido sancionado por los mismos hechos en sede administrativa, pero sin que el Juez de lo Penal ni la Audiencia Provincial de Barcelona que conoció del recurso de apelación, consideraran ello relevante a efectos penales. Al final, fue condenado penalmente como un autor de un delito contra la salud pública y medio ambiente con dos meses de arresto mayor, las penas accesorias de suspensión de cargo público y derecho al sufragio durante el tiempo que durara la condena y una multa de un millón de pesetas con arresto sustitutorio de treinta días en caso de impago y al abono de la mitad de las costas procesales. Sin embargo, en la condena penal, se dedujo el monto económico del millón de pesetas que había impuesto primeramente la Administración y que había sido cancelado anteriormente por el procesado.

Nótese que en este caso, y a diferencia del caso resuelto en la STC 77/1983, la Administración sustanció un procedimiento sancionatorio el cual concluyó sin problema alguno, pero irrespetando el principio de prioridad y preferencia que tienen los órganos jurisdiccionales particularmente penales, el cual había sido fijado previamente. Al efecto, los tribunales penales identificaron que efectivamente se encontraban ante dos infracciones en los que triple identidad se daba

perfectamente, y particularmente que el potencial peligro para la salud pública que contemplaba el tipo penal ya concurría en la infracción administrativa al haber evidencia conforme el análisis químico que las aguas contaban con alto índice de cianuro y níquel. No obstante ello, el Tribunal de Instancia –haciendo prevalecer el principio de prioridad jurisdiccional– decidió condenar, pero abonó a la multa penal la cantidad cancelada en sede administrativa<sup>415</sup>.

Al respecto, el TC enunció unos considerandos más que interesantes y que constituyen una modificación sustancial de los precedentes anteriores:

- a) El *ne bis in idem* es un derecho constitucional que posee una vertiente sustantiva y una vertiente procedimental.
- b) En cuanto a su vertiente sustantiva o sustancial, se configura como un derecho fundamental del ciudadano frente a la decisión de un poder público de castigarlo por unos hechos que ya fueron objeto de sanción, como consecuencia del anterior ejercicio del *ius puniendi* del Estado.

Es entonces, un derecho de defensa del ciudadano frente a una desproporcionada reacción punitiva. Por ende, la «interdicción del *ne bis in idem* no puede depender del orden de preferencia que normativamente se hubiese establecido entre los poderes constitucionalmente legitimados para el ejercicio del derecho punitivo y sancionador del Estado, ni menos aún de la eventual inobservancia de la Administración que lo que realmente era aplicable».

- c) Desde tal óptica, la preferencia de la jurisdicción penal por sobre la potestad administrativa, es ante todo, una garantía del ciudadano, complementaria de su derecho a no ser sancionado dos veces por unos mismos hechos, y nunca como una circunstancia limitativa de la garantía que implica aquel derecho fundamental.

415. Establece la STC 177/1999: «es de advertir que no nos hallamos en la hipótesis de que los Tribunales del orden jurisdiccional penal aprecien diversidad de conductas o de hechos, o bien que no sean idénticos el fundamento o bien jurídico protegido tutelado por la norma administrativa y el preservado por el tipo penal aplicable y, ante tal ausencia de identidad, entiendan inaplicable la prohibición del *bis in idem* o dualidad de reproche punitivo, sino ante un caso que presenta la peculiaridad de que los órganos judiciales (aquí tanto el Juzgado de lo Penal como, en apelación, la Audiencia Provincial de Barcelona) parten, como premisa inicial, de que concurren los mencionados elementos identificadores del principio que se alega como vulnerado, es decir, la triple identidad de sujeto, hecho y fundamento, y ello no obstante, no concluyen en un pronunciamiento absolutorio por la sola y única razón, explicitada en las sentencias condenatorias, de la regla o criterio de prevalencia de la jurisdicción penal sobre la potestad administrativa sancionadora, entendiendo que ésta, por su rango subordinado debe ceder en su ejercicio o manifestación ante el *ius puniendi* de aquélla, lo que conduce a la incriminación penal y consiguiente sentencia condenatoria al estimar que la conducta del inculcado es constitutiva de delito, y ello pese a que la misma conducta haya sido anteriormente sancionada por la Administración (...). Puede por ello, afirmarse que las sentencias impugnadas constatan la vulneración material del *ne bis in idem*, pero entienden ineludible la ulterior imposición de pena en aplicación de la indicada regla de prevalencia. Tan es así que, para evitar el resultado del doble gravamen o reproche punitivo, la sentencia del Juzgado de lo Penal, ratificada en apelación, ha computado, como absorbible, la multa administrativa firme ya satisfecha, en cuantía de un millón de pesetas, en la multa impuesta como pena por la misma cuantía, determinación ésta que no se hubiera establecido si los órganos judiciales estimasen compatibles ambas sanciones, penal y administrativa».

- d) En cuanto a su vertiente procedimental—es decir, la que se refiere a la paralización del procedimiento administrativo mientras la jurisdicción penal no se pronuncie definitivamente— se orienta no tan sólo a impedir el «proscrito resultado de la doble incriminación y el castigo por unos mismos hechos», sino también a «evitar que recaigan eventuales pronunciamientos de signo contradictorio, en caso de permitir la prosecución paralela o simultánea de dos procedimientos—penal y administrativo sancionador— atribuidos a potestades de diverso orden. A esta atribución se encamina la atribución prioritaria a los órganos jurisdiccionales penales del enjuiciamiento de hechos que aparezcan *prima facie*, como delitos o faltas, atribución prioritaria que descansa en la exclusiva competencia de este orden jurisdiccional para depurar y castigar las conductas constitutivas de delito y no en abstracto criterio de prevalencia absoluto del ejercicio de su potestad punitiva sobre la potestad sancionadora de las Administraciones públicas, que encuentra su respaldo en el texto constitucional».
- e) No debe perderse de vista que la vertiente procedimental, no es contraria a la vertiente sustantiva o formal. Al contrario, es instrumental de ella ya que tiene como finalidad «impedir que el sujeto afectado reciba una doble sanción por unos mismos hechos, cuando existe idéntico fundamento para el reproche penal y el administrativo, y no media una relación de sujeción especial del ciudadano con la Administración»<sup>416</sup>. Bajo tales consideraciones decidió anular los pronunciamientos penales en cuanto a que estos tuvieron que ser absolutorios.

Las discrepancias al seno del TC, en relación a lo resuelto, fueron sostenidas por los Pedro Cruz Villalón y María Emilia Casas Baamonde, quienes afirmaron que esta decisión:

- a) Desconoce que las infracciones administrativa y penal por las que sancionado el accionante, eran distintas. En la administrativa, se sancionaba unos vertidos no autorizados que superaban los límites máximos previstos por la legislación de las aguas y que relacionaba también con su calidad para producir agua potable; mientras que en la penal, se sancionaban unos vertidos que, por su alto contenido de cianuro, níquel y otros elementos contaminantes suponían un grave peligro para la salud pública. Por ende, no existía identidad de fundamento y no estamos en presencia de una reiteración delictiva.
- b) Que en la 77/1983, se había señalado—como en otros antecedentes— la subordinación que tiene la Administración a la Autoridad judicial. Y en esta decisión, se invierte tal premisa, pues impide «la actuación de la jurisdicción penal,

416. Al respecto sostiene: «irrogada una sanción, sea ésta de índole penal o administrativa, no cabe, sin vulnerar el mencionado derecho fundamental, superponer o adicionar otra distinta, siempre que concurren las tan repetidas identidades de sujeto, hechos y fundamento. Es este núcleo esencial el que ha de ser respetado en el ámbito de la potestad punitiva genérica considerada, para evitar que una única conducta infractora reciba un doble reproche afflictivo».

desde el momento mismo en que se impone una sanción administrativa. Al blindar ante la ley Penal a los ciudadanos que sufren una multa por parte de una Administración pública, se resuelve en favor de las autoridades administrativas la posible colisión que pudiera producirse entre sus actividades y la de los órganos de la justicia penal». En otros palabras, y en su decir, tal resultado rompe la estructura básica del Estado de Derecho configurado por la Constitución española<sup>417</sup>.

Luego de ello, y bajo precedentes un tanto contradictorios como acabamos de examinar, el TC tuvo que enfrentarse nuevamente al problema de la duplicidad sancionatoria penal y administrativa en la sentencia dictada el 2/VII/2001 –ref. 152/2001– en la que el accionante del amparo había sido sancionado primeramente por infringir el Código de Circulación, y luego fue sancionado vía jurisdiccional por un delito contra la seguridad del tráfico.

Lo peculiar de la situación sometida a control constitucional, es que existía disposición legal que obligaba a la paralización del expediente administrativo –art. 276 del Código de Circulación–. Sin embargo, el sancionado ni interpuso la excepción en sede administrativa de que era penalmente procesado, sino que lo hizo –una vez impuesta la sanción administrativa– ante la jurisdicción penal. Al igual que en el caso anterior, el Tribunal Penal tuvo en cuenta la multa administrativa impuesta, lo que supuso una considerable rebaja.

Las consideraciones que esta sentencia señala son las siguientes:

- a) Existen una clara identidad entra la sanción administrativa y penal, respecto del sujeto, hecho y fundamento.
- b) Las incoaciones de ambos procedimientos fueron simultáneas. El accionante lo sabía, sin embargo, obvió alegarlo en sede administrativa. Y una vez concluido tal expediente, trato dejar sin efecto el proceso penal con el referido argumento de haber sido sancionado. Aquí entonces, ha sido la actitud del sancionado la que modo decisivo ha contribuido en la producción de dicha duplicidad.
- c) En puridad, el cuestionamiento se centra en si ha existido una posible afectación del *ne bis in idem* en su vertiente procedimental, y en particular, sobre la inadmisibilidad de la continuación de la sustanciación de la infracción admi-

417. En su voto particular afirmaron: «Como razonamos antes, en el caso presente no existe la identidad de fundamentos que justificaría impedir la dualidad de sanciones ni, por ende, de procedimientos sancionadores. Que la Administración multe a quien realiza vertidos nocivos no autorizados no impide a los Tribunales penales sancionar a quien, con esos mismos vertidos, por en grave riesgo la salud pública y el medio ambiente. Pero es que, aun si en los hechos de la causa hubiera existido una identidad tal que justificara la aplicación del principio *ne bis in idem*, la solución de dar preferencia a la primera sanción que deviene en firme, aun cuando sea administrativa, en vez de dar preferencia a la sanción penal pronunciada por un Tribunal después de un proceso con todas las garantías, es una solución ajena a la norma constitucional».

nistrativa; pero que no pudo resultar amparada de protección constitucional, en la medida que el silencio del autor supuso una inadmisibles manipulación del proceso y por consiguiente, de la propia infracción del *ne bis in idem*.

¿Pero qué acontecería cuando el demandante no silencia tal dato ante la Administración o ante la Autoridad judicial? Ello es lo que se conoció mediante la sentencia de 16/I/2003 –ref. 2/2003– y que también resultó ser un incidente de tráfico en el que hizo uso de la técnica del descuento de la sanción administrativa en la sanción penal por parte de los jueces que conocieron posteriormente.

Sin embargo, este precedente, es sumamente trascendental ya que supuso un viraje altamente sustancial de los precedentes anteriores –177/1999 y 152/2001– fijando nuevos contenidos jurisprudenciales en relación tanto a la naturaleza y alcance del referido principio *ne bis in idem* al acaecer una duplicidad punitiva entre sanciones administrativas y penales. Así se dictaminó:

- a) La vertiente material del principio en referencia, impide sancionar en más de una ocasión el mismo hecho con el mismo fundamento. De modo que esta reiteración sancionatoria puede producirse mediante la sustanciación de una dualidad de procedimientos, independientemente de su naturaleza penal o administrativa. Es así, que tal garantía se encuentra vinculada a los principios de tipicidad y legalidad de las infracciones, evitando que exista una reacción punitiva desproporcionada. Y a la vez, que tal práctica, haga quebrar la garantía de previsibilidad de las sanciones creando una sanción no prevista legalmente.
- b) En su vertiente procedimental, se concreta la regla de preferencia o procedencia de la autoridad judicial penal sobre la Administración respecto de su actuación en materia sancionatoria en aquellos casos en los que los hechos a sancionar puedan ser, no sólo constitutivos de infracción administrativa, sino también de delito o falta según el Código Penal.
- c) La salvaguarda de este derecho fundamental, requiere el examen de si concurre la ineludible triple identidad en el caso sometido a la jurisdicción constitucional, y ello puede ser efectuado por el TC.
- d) En el caso, la solución del descuento de la sanción administrativa en la pena que fue la posterior, no supone una reiteración sancionadora totalmente prohibida; al contrario, evitó una sanción desproporcionada en concreto. Y es que el *ne bis in idem* no prohíbe el doble reproche aflictivo, *sino la reiteración sancionadora de los mismos hechos con el mismo fundamento padecida por el mismo sujeto*.
- e) En relación a la suspensión del procedimiento sancionador –su apertura o reinicio– cuando se ha dictado anteriormente una resolución sancionadora firme, no se extiende a cualesquiera de los procedimientos sancionatorios; sino tan solo respecto de aquellos que tanto en atención a las caracte-

rísticas del procedimiento –su grado de complejidad– como en relación a la sanción posible a imponer –naturaleza y magnitud– puedan equipararse a un proceso penal.

En otros términos, la sencillez del procedimiento administrativo sancionador y de propia infracción administrativa, así como la naturaleza y entidad de las sanciones impuestas, pueden impedir equiparar el expediente administrativo a un proceso penal.

Lo relevante de esta decisión, es que no se anuló lo actuado por los órganos jurisdiccionales que conocieron del segundo procedimiento, ya que se trataba de un proceso sustanciado conforme las garantías del debido proceso –por ejemplo conforme la garantía de imparcialidad, la cual no posee el procedimiento administrativo–.

Es evidente que tal parecer no fue compartido por unanimidad, ya que existió un voto razonado por parte del magistrado Pablo García Manzano quien sostuvo las siguientes interrogantes en su voto razonado:

- a) Cuándo el Tribunal Constitucional decide examinar la triple identidad sea de oficio o de revisión de la efectuada por los tribunales penales ¿no se encuentra efectuando una calificación jurídica que es ajena a su competencia? en su parecer, considera que ello es una ineludible obligación de los jueces penales y no del Tribunal Constitucional.
- b) ¿Puede la jurisdicción penal invalidar o dejar ineficaces las resoluciones administrativas firmes? en su razonamiento no existe habilitación legal para ello. Concluye entonces, que debió haberse seguido el precedente establecido en la sentencia el 11/X/1999 –ref. 177/99–.

Pese a la discrepancia, la doctrina jurisprudencial expuesta en la sentencia 2/2003, fue seguida en los fallos posteriores como en los dictados el 2/XI/2004 –ref. 180/2004–, 20/XII/2005 –ref. 334/2005– y 12/III/2007 –ref. 48/2007–.

Mención aparte merecen aquellas situaciones donde existe una relación de sujeción o supremacía especial, y en los que se vuelve factible la imposición de una sanción disciplinaria junto a la penal, situación resuelta en la decisión emitida el 10/XII/91 –STC 234/1991– en la que se desarrolla la argumentación sostenida en la ya comentada STC 2/81–.

En dicho fallo, se sostuvo que no resulta vulnerado el *ne bis in idem*, cuando la normativa que la impone –aun cuando se trate del mismo hecho– salvaguarde un interés distinto del protegido por parte de la primera sanción o se trate de una relación jurídica diferente entre entidad sancionadora y sancionado. En términos más sencillos, «...para que sea jurídicamente admisible la sanción disciplinaria

impuesta en razón de una conducta que a fue objeto de condena penal es indispensable además, que el interés jurídicamente protegido sea distinto y que la sanción sea proporcionada a esa protección».

Para el caso, existe un interés legítimo de la Administración de servir con objetividad los intereses generales y en particular de asegurar el funcionamiento eficaz del servicio público que se les ha encomendado; por ende, aquellas conductas de los funcionarios por ellas contratados redunde en perjuicio de tal misión puede ser objeto de disciplina por parte de la primera. Y ello tiene una mayor importancia, como sostiene la sentencia, en el caso de los miembros del cuerpo policial y la labor que le prestan a la sociedad, pues «...la eficacia de este servicio se vería perjudicada si a los encargados de llevarlo a cabo se les pudiera imputar la perpetración de aquellos mismos actos que, en interés de toda la sociedad, tienen como misión impedir».

Bajo tal doctrina jurisprudencial, fue resuelta la sentencia dictada el 2/XI/2004 –ref. 180/2004– cuyos hechos fueron los siguientes: un oficial de la guardia civil abandonó el servicio de armas y manejó su vehículo en pleno estado de ebriedad y a velocidad excesiva atropellando a un motociclista. Por el abandono del lugar de trabajo y el accidente causado se le aplicó la sanción administrativa de «realizar actos contrarios a la dignidad exigible a todo miembro de la institución». Posteriormente, y luego de recibir la sentencia penal por el delito de conducción bajo los efectos del alcohol, se le aplicó por parte del Ministerio de Defensa español, la falta muy grave que supuso la remoción de su cargo –«haber sido condenado por sentencia firme, en aplicación de disposiciones distintas al Código Penal Militar por un delito cometido con dolo que lleve aparejada la privación de libertad»–.

El TC señaló que no hubo *bis in idem*, en la medida que la primera sanción obedecía a una infracción con la dignidad de la institución siendo éste el bien jurídico protegido. En cambio en la grave, resulta protegido el interés legítimo de la Administración. En palabras de los magistrados: «...la irreprochabilidad penal quienes ejercen funciones policiales es un interés legítimo de la administración, diferenciado de la dignidad predicable de los miembros de las fuerzas y cuerpos de seguridad, por lo que al sancionar disciplinariamente a los que han sido objeto de condena penal, no se infringe el principio *ne bis in idem*»<sup>418</sup>.

En otro caso sometido a la jurisdicción constitucional, a miembro del cuerpo militar se le aplicó una leve sanción disciplinaria por la no anuencia de una orden del superior jerárquico, pero posteriormente se le aplicó el delito de desobediencia contemplado en el Código Penal Militar; sin embargo, el Tribunal que conoció del referido delito, abonó el tiempo de arresto impuesto en la primera sanción.

418. Se sostuvo en el referido pronunciamiento: «con la firmeza de la sentencia penal condenatoria por delito con dolo resulta comprometida la idoneidad del guardia civil condenado para el desempeño de su actividad profesional, pues del mismo modo que la ausencia de antecedentes penales se configura como condición para el acceso al instituto, también la condena firme por delito doloso que lleve aparejada privación de libertad pone de manifiesto la pérdida de esa aptitud o idoneidad profesional para seguir desempeñando las funciones propias de los miembros del cuerpo de la guardia civil, lo cual constituye un fundamento o interés jurídico a proteger distinto de la preservación de la dignidad exigible a los miembros del instituto».

De acuerdo con los considerandos de la sentencia –y siguiendo expresamente los lineamientos señalados en la 2/2003– el núcleo esencial de la garantía material del *ne bis in idem* reside en impedir el exceso punitivo en cuanto sanción no prevista legalmente. De tal modo que no cabe apreciar una inadmisibles reiteración punitiva cuando la ulterior resolución sancionatoria descuenta y evita los efectos negativos de la primera. Ello conlleva que no exista una sanción desproporcionada. Así dicho caso, los efectos negativos de la falta leve han sido tomados en cuenta en la ulterior sanción impuesta. Aparte de que el primer procedimiento no puede equipararse con el proceso penal, habida cuenta de la poca complejidad fáctica de los hechos que habían sido objeto de sanción y de la sencillez de la tramitación de dicho expediente disciplinario –de naturaleza oral y se sustanció en un solo día como la toma de la declaración del recurrente y de los testigos presenciales–.

### XIII. Identificación de las problemáticas que suscita el *ne bis in idem*

El *ne bis in idem* es un principio harto de cuestiones problemáticas<sup>419</sup>. Bajo tal aforismo de «no dos veces por lo mismo» –de acuerdo con NIETO– se esconden una variedad de complicaciones –dogmáticas, procesales y prácticas– que necesitan un tratamiento separado<sup>420</sup>. En efecto, la aplicabilidad de la fórmula constitucional de que «nadie puede ser juzgado dos veces por la misma causa» suscita no poca discusión en cuanto a su fundamento, alcances, operatividad del mismo conforme la idea de la triple identidad, las proyecciones que suscita en el Derecho sancionatorio estatal en sentido amplio, y sus excepciones.

Lo que sí está plenamente identificado, es el universo de conflictos jurídicos en los que se suscita el examen de su aplicación, y es cuando convergen dos tipos de órganos sancionatorios que cuentan con la posibilidad de dictar pronunciamientos diferentes.

Desde esta óptica los conflictos pueden generarse entre:

- a) Dos tribunales penales.
- b) Dos administraciones públicas.
- c) Entre un Tribunal Penal y la Administración pública, el cual puede concluir en una colisión netamente jurisdiccional entre un Tribunal Penal y la Sala de lo Contencioso Administrativo en el caso salvadoreño<sup>421</sup>. Supuestos que intentaremos resolver en los apartados siguientes.

419 Como apunta LÓPEZ BARRIA DE QUIROGA, las cuestiones relativas al principio *non bis in idem* son complejas y rodeadas de polémica. Aceptar, de forma abstracta que nadie puede ser juzgado o condenado dos veces por la misma infracción es un principio fácil, pero a partir de ahí, cuando se pretende la concreción, comienzan a aparecer matizaciones y teorías que enmarañan la cuestión hasta límites insospechados. Al respecto, véase: *El principio non bis in idem*, citado, 13.

420 NIETO, *El principio non bis in idem*, Anuario de Jornadas 1989-1990, 355-378.

421. NIETO, *Derecho administrativo sancionador*, 4º edición, 470.

Sin embargo, subyace una problemática común al tema del *ne bis in idem*, y es el hecho de que si bien constituye un principio jurídico dimanante de la Constitución, la SC lo ha caracterizado como un derecho fundamental que puede ser alegado y protegido ante la jurisdicción ordinaria como ante la Constitucional.

Sin embargo, a excepción del Código Procesal Penal, no existen leyes administrativas que reconozcan su ámbito de aplicación y que impidan la exasperación sancionatoria del administrado. Más aún, no existe una norma específica que resuelva de forma sumamente clara y precisa tanto la prioridad y prelación que debe existir entre sanciones penales y administrativas<sup>422</sup>.

Al contrario, en nuestro país, opera el *principio de compatibilidad sancionatoria*, el cual vuelve factible el imponer una sanción penal y a la vez administrativa por el mismo hecho. Por ello, es un apartado común en los ordenamientos administrativos nacionales, la regla de que la responsabilidad administrativa o disciplinaria es independiente de la penal o de la civil. Ello explica que el campo de mayor discusión de la inadmisibilidad de la múltiple persecución en el ámbito salvadoreño, sea el del proceso penal mediante las excepciones de cosa juzgada o la solicitud de acumulación de juicios –art. 312 numeral 4° y 61 CPP–.

Volviendo al problema de la concurrencia de sanciones penales y administrativas, debe reconocerse que la cuestión de la compatibilidad sancionatoria se agudiza, cuando en el ámbito sectorial administrativo, existe una no desdeñable cantidad de infracciones con un claro correlato en cuanto a sus elementos típicos con algunos delitos contemplados en el Código Penal como fue señalado en el capítulo I. Tal situación, obviamente genera yuxtaposiciones normativas que permiten sanciones y procedimientos simultáneos o sucesivos en las diversas instancias sancionadoras<sup>423</sup>. Y esto lleva a algunos doctrinarios a aseverar, que el verdadero problema del *ne bis in idem*, es de política legislativa<sup>424</sup>.

422. Resulta absolutamente preocupante, que en las diferentes leyes administrativas sectoriales salvadoreñas, exista un obligado un capítulo que se refiera tanto a las infracciones como al marco sancionatorio aplicable, pero que no aparezca en ninguno de ellos, reglas claras que resuelvan los problemas de concurrencias tanto de leyes como de infracciones. Dando a entender entonces, que tales problemas no se dan o no existen.

423. Como se ha advertido en las primeras páginas del trabajo, una hipótesis de carácter netamente histórico sobre el desarrollo tanto de la potestad punitiva sancionadora y la potestad penal, parte de cierto momento de la historia jurídica española, en que no era posible distinguir entre el conocimiento de las infracciones mediante el Código Penal o las Ordenanzas Administrativas. En efecto, como señala DOMÍNGUEZ VILA, se trata de una tensión que se prolonga durante toda la parte del siglo XIX, a nivel legislativo y de aplicación por los funcionarios de ambas órdenes. Así, la pretensión tipificadora y competencial absorbente tanto del Código Penal como del poder judicial por un lado, y de las leyes del régimen local, ordenanzas y reglamentos municipales y autoridades administrativas por el otro, se residencia en la imprecisa diferenciación entre órganos gubernativo-administrativo y judiciales. Ello producía una doble tipificación de conductas y por lo tanto una doble consecuencia en cuanto a la puesta en marcha del procedimiento sancionador y penal. No obstante lo anterior, VILA afirma que esta explicación trasciende aún más, pues nos encontramos en presencia de un sistema sancionador administrativo que no ha terminado de consolidarse y se mueve en unos principios constitucionales que lo ignoran y una realidad normativa administrativa que lo ha creado y aplica con normalidad. Al respecto, véase su obra: *Constitución y Derecho administrativo sancionador*, 61-62.

424. NIETO afirma que el Estado debe preguntarse, cuando decide reprimir un hecho, si conviene tipificarlo como delito o como infracción administrativa, pues tiene en su mano ambas posibilidades, dándose; por supuesto que, salvo excepciones, es mejor no utilizarlas simultáneamente. Y adiciona, que ese es el único medio para evitar que

En tal sentido, la importancia de hacer viable en el ordenamiento jurídico sancionatorio salvadoreño el *ne bis in idem*, es más que urgente, ya que se trata –según lo ha reconocido la misma jurisprudencia de la SC– de un derecho fundamental de los ciudadanos que impide que éstos vuelvan a ser sancionados o procesados por una misma situación independiente del orden jurídico en que ello tenga lugar.

De forma correlativa, en relación al rango constitucional que posee, tiene que constituirse igualmente en una prohibición al legislador de no regular «lo mismo» en las diferentes parcelas jurídicas en las que tenga pensado incidir; evitando hasta donde sea posible desórdenes y contradicciones que afecten gravemente a la seguridad jurídica<sup>425</sup>.

Mientras ello sucede en el incierto futuro, cabe reconocer, que la vanguardia en cuanto a su defensa, ha provenido particularmente de la jurisprudencia y la doctrina; recordándose, que los mayores desarrollos que este principio ha tenido en el Derecho comparado, se deben a los innovadores pronunciamientos que han dictado tribunales internacionales de Derechos humanos, cortes constitucionales y tribunales supremos.

Y es de tales fuentes, que iremos proponiendo una nueva forma de concebir el principio en referencia, intentando desarrollarlo en una serie de instrumentos dogmáticos y reglas de garantía que permitan su aplicación ante la convergencia de dos órganos sancionadores del mismo rango –penal/penal o administrativo/administrativo– o uno penal con uno administrativo.

Este esbozo de una nueva forma de reconocer y aplicar el *ne bis in idem* en la legislación sancionadora salvadoreña, supone rechazar de plano el principio de compatibilidad sancionatoria penal y administrativa, por afrontar gravemente los principios de seguridad jurídica y proporcionalidad como fundamentos esenciales del principio en estudio<sup>426</sup>. Pero también, porque el art. 11 de la Constitución que

---

las dificultades se trasladan a los Tribunales y a la Administración a la hora de aplicar las normas sancionadoras superpuestas. Véase su *Derecho Administrativo Sancionador*, citado, 477.

425. En este punto advierte ARROYO ZAPATERO que el problema de la duplicidad de sanciones administrativas y penales se origina por la presencia en el ordenamiento de un ilícito administrativo y de un ilícito penal cuyo presupuesto de hecho es idéntico. Tal circunstancia es producto de una técnica legislativa propia de un hipertrófico poder sancionador administrativo, el cual a partir de la Constitución, debe refutarse como técnica defectuosa y contraria a la misma. Entonces, desde la vigencia del *ne bis in idem*, el legislador debe cuidar en la descripción de los ilícitos penales y administrativos la incorporación en los mismos de elementos típicos diferenciadores, ya objetivos, ya subjetivos. Sobre esta base, los tipos administrativos y los penales de la misma materia no serán concurrentes sino alternativos. Al respecto véase: «El “ne bis in idem” en las infracciones al orden social, la prevención de riesgos laborales y los delitos contra los derechos de los trabajadores y la seguridad social», en: A.A.V.V., *Las fronteras del Código Penal de 1995 y el Derecho Administrativo Sancionador*, 287-321.

426. Quizás resulte descabellado, pero no considero equivocarme, cuando afirmo que la regla de la compatibilidad sancionatoria que en nuestro país se ha convertido en una regla general de tanto raigambre en el ordenamiento administrativo, fue receptada de la legislación franquista española. En efecto, sostiene RUIZ ROBLEDO, que en el franquismo no había ningún precepto que prohibiese la compatibilidad de las sanciones penales y administrativas sobre unos mismos hechos; es más, en no pocas normas se consagraba la compatibilidad de ambas sanciones, como el artículo 18 de la Ley de Orden Público de 1959 que ordenaba que la imposición de las sanciones administrativas que allí se regulaban eran «sin perjuicio de la competencia de los Tribunales o autoridades de



lo recoge, es una disposición con fuerza normativa, que implica la derogación de aquellas disposiciones y principios contrarios a su espíritu. De ahí entonces, que al contar la prohibición del *bis in idem* con rango constitucional, tiene que ser respetado por parte de los legisladores, jueces y administración.

Dejando de lado las anteriores consideraciones, comenzaremos a fijar sus alcances y fundamentos, así como el estudio de la triple identidad, para luego concentrarnos en los diferentes problemas particulares.

### 13.1 Las proyecciones materiales y procedimentales del *ne bis in idem*

A nivel internacional, la regulación más completa del periclitado principio es sin duda la del PIDCP, que establece en su artículo 14.7 «nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un delito por el cual ya haya sido condenado o absuelto por una sentencia firme de acuerdo con la ley y el procedimiento de cada país».

Tal disposición regula dos prohibiciones, la primera en relación a que nadie pueda ser sancionado más de una vez por una misma infracción penal independientemente del resultado del fallo, y en segundo lugar a que nadie pueda ser juzgado por lo que ha ya fue conocido en un proceso anterior.

En un sentido diferente, la CADH en su artículo 8.5. estipula que el inculpado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a un nuevo juicio por los mismos hechos. Sobreentendiéndose que si ha sido declarado culpable, operaría la prohibición de cosa juzgada que impediría otra sanción por lo mismo. De ahí el acento, en relación a la situación del inculpado absuelto. Por ello, Maier –al referirse a la norma regional americana– califica esta fórmula de muy limitativa, pero también muy drástica en cuanto imposibilita que exista un recurso de revisión en contra de quien haya sido absuelto<sup>427</sup>.

Pero también, la disposición del Pacto de San José, se muestra ambigua, a si dentro de su tenor literal también ampara a quienes se encuentren perseguidos penalmente, y que no ostenta todavía la calidad de imputados absueltos o condenados<sup>428</sup>.

Más aún, dejando de lado las estipulaciones foráneas, nuestra disposición constitucional nacional –art. 11.1– únicamente se refiere a no ser enjuiciados dos veces por la misma causa, sin hacer referencia a las resultas finales del proceso –es decir, ser sancionado dos veces por idéntico motivo–. Teniendo obligadamente la

---

otra Jurisdicción». Así las cosas, el Tribunal Supremo dedujo de ese silencio general y de la falta de prohibición expresa la teoría de la independencia de ambas sanciones, de tal forma que el mismo hecho podía ser sancionado tanto penal como administrativamente. Al respecto, véase su obra: *El derecho fundamental a la legalidad punitiva*, 294-295.

427. MAIER, *Derecho Procesal Penal argentino*, 369.

428. Con mucha razón, BERTELOTTI, *El principio ne bis in idem*, citado, 116.

jurisprudencia constitucional –como hemos visto en materia de hábeas corpus– la necesidad de develar y ensanchar tales términos para comprender también al procesamiento.

Ahora bien, esta discusión sobre lo que sobra o falta en las diferentes redacciones examinadas, es importante en orden a los alcances que el principio en referencia pueda tener en cuanto a su aplicación. En otras palabras, la proyección que puede tener el *ne bis in idem* en un determinado ordenamiento jurídico sancionador, puede ser nula, restringida o amplia.

Es nula su operatividad, en aquellos casos en que se permita una o varias sanciones posteriores por el mismo contenido material de una infracción, como también cuando resulte viable en tales casos la doble o múltiple apertura de procedimientos sancionatorios de forma independiente a su naturaleza jurídica. Por ejemplo, en los ordenamientos que aceptan el ya citado principio de compatibilidad sancionatoria.

En cuanto a las proyecciones restringidas, es cuando se limita el *ne bis in idem* únicamente a favor de quien ha sido una vez condenado; no pudiendo ser sancionado nuevamente por el mismo hecho; pero no en relación de quien ha sido absuelto. El ejemplo paradigmático lo tenemos en el artículo 103 III de la *Grundgesetz* –Ley Fundamental alemana– que estipula: «[n]adie puede ser penado varias veces por el mismo hecho».

De esta forma, lo ha entendido el Tribunal Constitucional alemán, en la sentencia dictada el 7/III/1968, en el que conoció de una nueva condena penal aplicada a dos miembros de un grupo religioso –Testigos de Jehová– quienes habían sido sancionados inicialmente por negarse a prestar servicio civil que el ministerio de trabajo germano les exigía. Una vez, hecho un segundo requerimiento por parte del respectivo órgano estatal para que se enlistaran, nuevamente desobedecieron al mismo. El Tribunal de instancia estableció, que la nueva condena era válida al no comprender los hechos juzgados en el primero procedimiento. Entendiendo que luego de la condena, se genero un nuevo delito de desobediencia distinto y que era el que había dado lugar al segundo procedimiento penal.

Al respecto, el *Verfassungsgericht* sostuvo que se trataba de una situación de desobediencia permanente, repetida o continuada que ya había sido sancionada en el primer juicio; y por ende accedió a la pretensión de los demandantes<sup>429</sup>.

Distinta a las anteriores, la concepción amplia del *ne bis in idem*, supone reconocerle dos dimensiones aplicativas: una de *carácter material*, que implica la prohibición de un doble castigo cuando exista identidad de sujeto, hecho y fundamento. Y una proyección de *carácter procedimental*, el cual prohíbe el sufrir dos enjuiciamientos

429. Tribunal Constitucional alemán, Sala Segunda, sentencia dictada el 7/III/1968 – BVerfGE 23, 191–.

sucesivos independientemente del orden jurídico en que se desarrollen, pudiendo comprenderse también los conflictos suscitados entre dos procedimientos administrativos sancionadores<sup>430</sup>.

Siguiendo a Maier, esta concepción amplia del *ne bis in idem* cuyos efectos se extienden a la sustanciación de un nuevo expediente, intentan conjurar el riesgo de una persecución sancionatoria renovada, cuando ha fenecido una anterior o aún se encuentra alguna en trámite<sup>431</sup>. Concepción que se encuentra en consonancia con el desarrollo histórico del principio, y con el entendimiento del mismo como un derecho fundamental que cuenta con una amplia cobertura de protección tanto en lo relativo a la imposición de sanciones como en lo relativo a la sustanciación de un procedimiento sancionador.

Y es en relación a esta vertiente procedimental, que la jurisprudencia comparada –particularmente merced de los trabajos realizados por el TC español–, ha delineado dos reglas que buscan salvaguardar de mejor manera, la estricta observancia del *ne bis in idem*, particularmente ante la confluencia de un proceso penal y un procedimiento sancionador esto es:

- a) La preferencia o prevalencia del orden penal por sobre el expediente administrativo.
- b) La obligada vinculación de la Administración de respetar la declaración de los hechos probados realizados en sede penal.<sup>432</sup>

Estas dos reglas, merecen un estudio aparte, en razón de que si bien pueden tener una cierta relación con el principio en estudio, atienden más en su fundamentación a razones diversas como pueden ser la estricta subordinación de los actos de la Administración a la jurisdicción o el debido respeto a la cosa juzgada<sup>433</sup>. Las mismas resultan novedosas en nuestro país, ya que la impronta de la compatibilidad sancionatoria, en principio no permitiría su aplicación.

430. ALARCON SOTOMAYOR, *La garantía non bis in idem y el procedimiento administrativo sancionador*, 19.

431. MAIER, es enfático en este sentido: «[e]s claro que la fórmula extiende su influencia al mismo trámite procesal, declarando inadmisibles tanto el regreso sobre una persecución penal ya agotada, en el sentido del aforismo *res iudicata pro veritate habetur*, cuando la persecución penal simultánea ante distintas autoridades, y no tan sólo por razones meramente formales relativas a cuestiones de competencia». *Derecho Procesal Penal*, 599.

432. MESEGUER YEBRA, *El principio "non bis in idem" en el procedimiento administrativo sancionador*, 14.

433. En tal sentido lo sostuvo la STC de –ref. 77/1983– de la siguiente manera: «La subordinación de los actos de la Administración de imposición de sanciones a la Autoridad judicial, exige que la colisión entre una actuación jurisdiccional y una actuación administrativa haya de resolverse a favor de la primera. De esta premisa son necesarias consecuencias las siguientes: a) el necesario control a posteriori por la autoridad judicial de los actos administrativos mediante el oportuno recurso; b) la imposibilidad de que los órganos de la Administración lleven a cabo actuaciones o procedimientos sancionadores en aquellos casos en que los hechos puedan ser constitutivos de delito o falta según el Código Penal o las Leyes Penales especiales, mientras la Autoridad judicial no se haya pronunciado sobre ellos; c) la necesidad de respetar la cosa juzgada. La cosa juzgada despliega un efecto positivo, de manera que lo declarado por Sentencia firme constituye la verdad jurídica y un efecto negativo, que determina la imposibilidad de que se produzca un nuevo pronunciamiento sobre el tema».

Empero, la incorporación de ellas en el Derecho sancionatorio salvadoreño, resulta ser de interés primordial para una futura Ley de Procedimientos Administrativos o de Ley Reguladora de la Potestad Sancionadora, y aún, en una posible reforma al Código Penal o al Código Procesal Penal que intente aportar una vía de solución a la colisión entre los dos órdenes jurídicos concurrentes. Y esto, si es que no se adelanta la jurisprudencia constitucional o contenciosa-administrativa en receptorlas y aplicarlas, como lo demuestra el Derecho comparado.

De forma distinta, a esta propedéutica aproximación del *ne bis in idem* en relación a sus efectos –nulos, restringidos o amplios– con la consiguiente clasificación de sus vertientes –formal y material– existen autores que presentan abordajes mucho más precisos y quizás más completos. Para el caso, Nieto grafica los alcances del principio en estudio conforme a su tesis de los cinco círculos. A saber, en un primer círculo, el *ne bis in idem* se traduce en un efecto negativo. Esto es, que una primera resolución, no sólo bloquea una sanción posterior, sino que también impide cualquier resolución posterior cualquiera que sea su contenido, pero sí y solo si se aborda el fondo de la cuestión. En un segundo círculo, los efectos son positivos, en el sentido que los posteriores pronunciamientos sancionatorios –si es que se producen– deben tener en cuenta lo resuelto por la primera resolución. El tercer círculo se relaciona con el tratamiento procesal del principio, buscando salvaguardar los efectos negativo y positivo ya mencionados, a tales efectos se postulan reglas como:

- a) La prevalencia de la sentencia penal sobre la resolución administrativa.
- b) La prioridad que debe tener el proceso penal por sobre la sustanciación del expediente administrativo. En un cuarto círculo aplicativo, el *ne bis in idem* opera no únicamente en relación a una primera sentencia penal, sino también de una primera resolución administrativa. Y por último, señala una inédita máxima en el Derecho administrativo sancionador, en el sentido que el principio estudiado, no opera únicamente en relación a dos resoluciones cronológicamente separadas, sino también dentro de un mismo expediente administrativo y de una sola resolución<sup>434</sup>.

Pese a la sugerente tesis del profesor NIETO, conviene tomar partido por una perspectiva de comprensión más modesta y que comprenda las referidas vertientes material y procedimental antes señaladas. Así, de acuerdo con Garberí Llobregat/Buitrón Ramírez, el principio en estudio tiene dos efectos pronunciados: uno *ex post* y otro *ex ante*.

El efecto *ex post* impide la imposición de una nueva sanción cuando se haya impuesto una sanción penal o administrativa con anterioridad. Por el contrario, el efecto *ex ante*, elimina la posibilidad de que un mismo hecho antijurídico pueda ser

434 NIETO, *Derecho administrativo sancionador*, 471.

simultáneamente enjuiciado por los órganos penales y por los órganos de la Administración sancionadora. Y su alcance llega a conjurar la pendencia simultánea que pueda existir entre dos procedimientos sancionadores<sup>435</sup>.

Ahora bien, tomando como punto de partida la noción brindada por estos distinguidos administrativistas españoles, se vuelve factible identificar como proyecciones propias del *ne bis in idem* dentro del ordenamiento jurídico sancionatorio en general, una de *carácter horizontal* y una de *carácter vertical*.

La proyección *horizontal* o *rectilínea*, se relaciona con los ya citados efectos *ex post* y *ex ante* que señalan Garberí Llobregat/Buitrón Ramírez, esto es la prohibición de un proceso sancionatorio posterior cuando se enjuicien los mismos hechos y cuya comisión se impute a un mismo sujeto y en el que exista una identidad de fundamento dentro de un mismo orden normativo; de igual forma, la imposibilidad de sustanciar expedientes simultáneos dentro de un mismo orden jurídico sancionador –dos procedimientos penales o dos procedimientos administrativos–.

Pero el efecto, *vertical* o *transversal*, se relaciona a los efectos que el *ne bis in idem* pueda tener en otros órdenes jurídicos cuando en uno de ellos ya ha existido un primer pronunciamiento definitivo –sea de carácter penal o sea administrativo sancionador–. Particularmente, ello acontece en relación a si la decisión de la jurisdicción penal tanto de promover un proceso penal o la que concluye de forma definitiva con la condena o absolución, tiene bastante o poca incidencia en el ulterior procedimiento administrativo sancionador.

En tal inteligencia, es que se ha propuesto como un efecto de carácter netamente *transversal* –esto es que trasciende más allá de un exclusivo sector jurídico– la prevalencia de la decisión del órgano jurisdiccional penal en relación con el expediente administrativo. Lo que implica que la Administración debe suspender el informativo, cuando advierta que la conducta que conoce reviste los caracteres de un delito y cuya competencia exclusiva le corresponde al primero.

Sin embargo, no puede descartarse, situaciones en las que se produzca el fenómeno inverso. Esto es, que exista una decisión administrativa de carácter definitivo antes de que se emita una decisión judicial penal.

Los efectos que la primera pueda tener sobre la segunda son los más discutidos y ello lo prueba la vacilante jurisprudencia del Tribunal Constitucional español. Aunque en nuestro caso, es preciso destacar, que la mayor aplicación de la prohibición del *bis in idem* lo ha sido en relación a su efecto netamente horizontal; es decir, entre dos o más procedimientos penales o dos o más procedimientos administrativos de naturaleza exclusivamente sancionatoria. Y ello debido a la impronta

435. GARBERÍ LLOBREGAT/BUITRÓN RAMÍREZ, *El procedimiento administrativo sancionador*, 178.

legal imperante que considera ambos continentes jurídicos diferentes tanto en sus presupuestos como en relación a sus finalidades.

Sintetizando, el *ne bis idem* comporta tradicionalmente una vertiente material que supone la prohibición de una nueva sanción ante hechos ya resueltos penal o administrativamente; pero también, una vertiente procedimental que impide la sucesión de enjuiciamientos simultáneos o aún posteriores al primer pronunciamiento en que concurra la triple identidad de sujeto, hecho y motivo de persecución.

Más allá, de lo anterior, también es posible reconocer que el referido principio tiene proyecciones importantes: de carácter horizontal –*ex post* y *ex ante*– entre procedimientos sustanciados dentro un mismo orden jurídico –penal o administrativo sancionador– y también de carácter vertical, cuyos efectos trascienden más allá del orden jurídico en el que se dictó el primer pronunciamiento. Aquí resulta el *quid* de la cuestión, y donde en realidad, se decide verdaderamente el grado de relevancia tiene el *ne bis in idem* en orden a la salvaguardia de los derechos del ciudadano a no verse sometido reiteradamente a la potestad sancionadora del Estado, independientemente del canal que ésta última utilice.

### 13.2 Fundamento

Un tema altamente divergente en posturas y opiniones, tanto en el ámbito doctrinario como en los diferentes precedentes jurisprudenciales, lo constituye su fundamento.

Particularmente, ha sido la STC 2/1981, la que ha explicitado que deriva de los principios de legalidad y tipicidad de las infracciones recogido en el art. 25.1 de la Constitución española<sup>436</sup>. Empero, ha sido el referido tribunal quien ha rectificado posteriormente –o quizás más bien completado– su explicación, afirmando que la prohibición del múltiple juzgamiento o de la persecución, entronca fundamentalmente con el principio de proporcionalidad. Así, en la STC 177/1999, fue enfático en reconocer un contenido garantista adicional del principio, en cuanto conjura cualquier punición desproporcionada de la conducta ilícita.

Más allá de estas percepciones jurisprudenciales, en la doctrina especializada, suelen encontrarse variopintas opiniones en cuanto a su fundamentación, que van de entenderlo como derivado<sup>437</sup>:

- a) Del principio de legalidad penal, en particular del de tipicidad.

436. El art. 25.1 de la Constitución española señala: «[n]adie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa, según la legislación vigente en aquél momento».

437. Una enumeración de las diferentes propuestas doctrinales, puede ver en: ALARCÓN SOTOMAYOR, *La garantía del non bis in idem*, 23-28.



- b) Del principio de la seguridad jurídica –y en algún sentido, de irrestricto respeto del instituto procesal de la cosa juzgada–.
- c) Del principio de proporcionalidad.
- d) Del principio de culpabilidad, pero en relación a la medida justa que debe tener la sanción.
- e) Como parte esencial del debido proceso, en particular del derecho de defensa.
- f) Como parte integrante de la tutela judicial efectiva.
- g) Hasta justificado conforme razones humanitarias<sup>438</sup>.

En realidad, detallar de forma minuciosa cada una de estas posturas resulta una tarea poco fructífera, en la medida que cada autor imprime su propio sello personal en cuanto a cómo debe ser caracterizado el principio en estudio<sup>439</sup>. Así por ejemplo, resulta sumamente limitada la concepción del *ne bis in idem* como parte de la culpabilidad, en el sentido que la pena tenga que ser siempre proporcionada y adecuada a la gravedad del hecho, esto es en la medición de la pena. Pues la proporcionalidad no solamente debe relacionarse con la culpabilidad. Al contrario, la proporcionalidad –en la actualidad– es un principio que ha adquirido cierta autonomía y proyección que trasciende la pena adecuada a la culpabilidad; pues irradia sus efectos también en cuanto a la gravedad del injusto penal<sup>440</sup>. Pero por otra parte, tampoco la proporcionalidad puede considerarse su fundamento único, es imprescindible entonces complementarlo.

En cuanto a las argumentaciones relativas a la cosa juzgada, las mismas se relacionan con el principio constitucional de seguridad jurídica, que en esencia es su fundamento. Esto es, que lo declarado en sentencia firme y de manera definitiva, constituye una verdad jurídica. Al efecto, conviene reconocer que la cosa juzgada es un instrumento procesal al cual se le adosan dos tipos de efectos, uno *positivo* y uno *negativo*.

438. Existen en realidad, otras posturas que intentan ver a la prohibición de la doble sanción, como parte de los principios básicos del Estado Derecho, y en el reconocimiento fundamental de la dignidad humana y la libertad. De ahí que la seguridad jurídica se convierte en el bastión que impide que el Estado vuelva a ejercer su pretensión punitiva cuando ésta ha quedado agotada y la cuestión definitivamente resuelta. Éste es el ámbito de protección que ofrece la figura del *ne bis in idem*. Sobre esta tesis, PÉREZ MANZANO, *La prohibición constitucional de incurrir en bis in idem*, 71-72.

439. Por ello tiene razón ALARCON SOTOMAYOR, cuando afirma que al propugnarse por una diversidad de fundamentos, es porque en realidad se está pensando en diversas reglas que se relacionan con el *ne bis in idem*. Siento entonces necesario analizar cada una de ellas, pues gozan de cierta autonomía y no necesariamente todas tienen el mismo fundamento. Al respecto, véase: *La garantía del non bis in idem*, citado, 28.

440. Sobre los alcances del principio de proporcionalidad en el Derecho Penal, véase: DE LA MATA BARRANCO, *El principio de proporcionalidad penal*, 87 y ss.

El efecto negativo o excluyente de la cosa juzgada, consiste en que el dictado de una sentencia o de un auto con la misma fuerza –v.gr. un sobreseimiento definitivo– excluye la posibilidad de un segundo juicio penal por el mismo hecho y contra el mismo sujeto; aún y cuando, la calificación que se efectúe en el segundo proceso sea jurídicamente distinta. Por otra parte, el efecto positivo supone la vinculación que debe tener el segundo órgano que juzgue de forma posterior lo decidido en el primero, so pena de no generar decisiones contradictorias.

Este último efecto, el positivo, es el que nos interesará particularmente, en cuanto a que lo decidido por la jurisdicción penal deberá condicionar plenamente la actuación de la Administración pública cuando conoce posteriormente.

Pero volviendo al tema del fundamento del *ne bis in idem*, es de señalar que la *res iudicata* es quizás la explicación más acorde con el desarrollo histórico que en el Derecho continental ha tenido el principio en estudio. Sin embargo, esta explicación en la actualidad, debe ser relativizada por las siguientes razones:

- a) Ya que si bien, no existe reparo alguno en señalar que impide aperturar procedimientos judiciales sucesivos; el mismo no impide la apertura de dos procedimientos de naturaleza administrativo-sancionadora.
- b) Tampoco impide la existencia de dos procesos paralelos de naturaleza repressiva, independientemente del orden jurídico en que se desarrollen. En tales casos, la sola sustanciación de los mismos ya pone en situación de «doble riesgo» al ciudadano que los sufre<sup>441</sup>.
- c) Conviene recalcar que la cosa juzgada es una categoría inherente a los procesos jurisdiccionales, pero no de los procedimientos administrativos; a menos que exista un pronunciamiento final por parte de la SCA en el que operarían sin problema alguno sus efectos.

Pasando a otra explicación, otra de las posturas que podríamos considerar dominante, es la que conecta la prohibición del *ne bis in idem* con el principio de proporcionalidad. Así Cano Campos nos comenta que: «...[h]oy se considera como un principio inherente al Estado de Derecho que deriva del valor justicia, del principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos y de la propia dignidad de la persona que impide que toda intervención innecesaria o excesiva que grave al ciudadano más allá de lo estrictamente indispensable para la protección de los intereses públicos y que se erige, por ello, en canon de constitucionalidad de la actuación de aquéllos. (...)

441. Ello ha llevado a afirmar a NIETO que resulta totalmente insatisfactorio reconocer a la cosa juzgada como una explicación técnica del *ne bis in idem*, pues responde en última instancia a razones históricas civilistas, que no se corresponden exactamente con el Derecho Penal y el Derecho Administrativo actual. Véase: *Derecho Administrativo Sancionador*, citado, 474.

Las normas sancionadoras no pretenden más que prevenir o evitar aquellos comportamientos que lesionan o ponen en peligro determinados bienes que se reputan valiosos o dignos de protección, para lo cual establecen mandatos y prohibiciones cuya contravención lleva aparejada la imposición de una sanción. De ahí que su función esencial sea la preventiva o disuasoria, la de tratar de evitar los comportamientos que puedan lesionar tales bienes.

Si tales normas consideran que para la protección de un bien jurídico es suficiente y adecuado imponer una determinada sanción a los sujetos que con su comportamiento lesionan tales bienes, la imposición de dos o más sanciones por la realización de un tal comportamiento nada añade a esa finalidad preventiva y protectora de la norma sancionadora. En la medida en que con ello no se logra una mayor prevención de determinados comportamientos ni, por consiguiente, una mejor protección del bien jurídico en cuestión, la imposición de dos o más sanciones por unos mismos hechos no supone más que un derroche inútil y arbitrario de coacción y una injerencia pública innecesaria y excesiva de la esfera jurídica del ciudadano»<sup>442</sup>.

En la misma se inclina Benlloch, afirmando que cuando el legislador prevé una sanción para un hecho tipificado como infracción, está obligado –de acuerdo al principio de proporcionalidad– a mantener una adecuación entre la gravedad de una primera sanción y una segunda posterior<sup>443</sup>. De ahí que al aplicar un nuevo castigo, en el mismo orden punitivo o en otros distintos, representaría la ruptura de esa consonancia; constituyendo una sobreacción del ordenamiento jurídico, al infligir a un sujeto un mal mayor o descompensado por incumplir el mandato jurídico<sup>444</sup>.

Se advierte, entonces, de quienes postulan esta tesis, que la función más importante del *ne bis in idem* es el de evitar una respuesta estatal desproporcionada; y este resulta ser el verdadero sentido garantístico de las formulaciones impresas tanto en las constitucionales actuales como en las normas de derechos humanos.

Comentando esta postura, y tomando una posición personal, conviene señalar que la exacerbación punitiva que intenta conjurar el principio *ne bis in idem*, no es más que un efecto de una multiplicidad normativa que en muchas ocasiones cae

442. CANO CAMPOS, Non bis in idem, prevalencia de la vía penal y teoría de los concursos en el Derecho Administrativo Sancionador, 204 y 205. Tales ideas han sido incorporadas por ejemplo, a la doctrina del Tribunal Constitucional español, el cual sostuvo en la sentencia 177/1999: «si un mismo hecho, y por igual fundamento, pudiese ser objeto de una nueva sanción (...) comportaría una punición desproporcionada de la conducta ilícita».

443. BENLLOCH PETIT, *El principio non bis in idem en las relaciones entre el Derecho Penal y el Derecho Disciplinario*, 312.

444. Por tal motivo es que DEL REY GUANTER, afirma que «en base a los principios de proporcionalidad y cosa juzgada, se prohíbe la aplicación de dos o más sanciones o el desarrollo de dos o más procedimientos, sea en uno o más órdenes sancionadores, cuando se dé una identidad de sujetos, hechos y fundamento –de sujeto, objeto o causa material y de acción o razón de pedir si nos referimos a la perspectiva procesal– siempre que no exista una relación de supremacía especial de la Administración respecto al sujeto en cuestión». Al respecto, véase: *Potestad sancionadora de la Administración y jurisdicción penal en el orden social*, 111.

el legislador; al regular más de una vez una misma conducta infractora, cuando evidentemente debiera de acontecer en una única ocasión.

Por ende, el verdadero fundamento del *ne bis in idem*, se encuentra en el ámbito de la seguridad jurídica y en el mejor instrumento que la resguarda, esto es, el principio de legalidad y que se desarrolla más específicamente en la tipicidad. *Esto es que a una infracción se aplique una determinada sanción. Y de ahí que, la exasperación punitiva no es más que el efecto de haber inobservado la estricta tipicidad a la que ha de adecuarse una conducta.*

Desde esta óptica, y como lo ha señalado la STC 2/2003, son poderosas razones, anudadas al principio de seguridad jurídica y en el valor libertad las que fundamentan la prohibición constitucional de incurrir en *bis in idem*. En sus palabras, «...[l]a seguridad jurídica impone límites a la reapertura de cualquier procedimiento sancionador –administrativo o penal– por los mismos hechos, pues la posibilidad ilimitada de reapertura o prolongación de un procedimiento sancionador crea una situación de dependencia jurídica que, en atención a su carácter indefinido, es contraria a la seguridad jurídica».

Y es que el principio de legalidad sancionatoria, exige la previsibilidad tanto de las conductas punibles como de sus sanciones. De ahí que imponer dos sanciones por el mismo hecho deviene en una vulneración del derecho a no ser sancionado por acciones u omisiones que no sean punibles en el momento de la comisión, ni a ser sancionado con penas no previstas legalmente. En otras palabras, primeramente sancionado el hecho, la segunda o las ulteriores sanciones se impondrían por un hecho que ya no puede considerarse punible<sup>445</sup>.

Es así que, desde lo general a lo particular, el fundamento último de la garantía en estudio, parte de la seguridad jurídica y el principio de legalidad, hasta concretarse en el ámbito de la tipicidad. La misma impone, *que a una sola conducta corresponde un solo tipo, y ante la concurrencia de dos normas que tipifican infracciones iguales, sólo una de ellas tiene que resultar aplicable, quedando excluida la otra u otras que pudieran concurrir*<sup>446</sup>.

Desde tal inteligencia, *imponer dos o más sanciones ante un supuesto de hecho idéntico, se está configurando una respuesta jurídica distinta la expresamente fijada por la ley*<sup>447</sup>.

445. PÉREZ MANZANO, *La prohibición constitucional*, citado, 72.

446. Coincidente con lo expuesto, RUIZ ROBLEDO sostiene: «lo cierto es que desde la pura perspectiva de los fundamentos teóricos de un Estado de Derecho parece claro que no tiene cabida sancionar dos veces el mismo hecho porque uno de los grandes objetivos de este Estado es garantizar la seguridad jurídica, lo que implica que el ciudadano debe tener la tranquilidad de ánimo que supone saber que en sus relaciones con los poderes públicos no va a tener que afrontar dos veces las consecuencias negativas de un hecho cualquiera y podrá confiar que esos poderes respetarán las situaciones surgidas de la aplicación concreta de las normas abstractas». Al respecto, véase su obra: *El derecho fundamental a la legalidad punitiva*, 283.

447. Conviene afirmar, que tal argumento tiene robustez en cuanto lo expresado en el artículo 25.1 de la Constitución española, en el sentido que ella establece que nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa. Lo cual ha llevado a decir de la

En realidad, no existe ninguna norma tanto en el ordenamiento penal y administrativo sancionador, que suponga una acumulación de sanciones por el mismo hecho. Si ella existiese sería totalmente inconstitucional por afectar claramente los principios de legalidad y proporcionalidad. Al contrario, al menos en el Código Penal, lo que existen son disposiciones que disciplinan el tratamiento legal que merecen una sola o varias acciones se lesionen bienes jurídicos diferentes, mediante la figura del concurso de delitos. En cuanto a las normas administrativas salvadoreñas que establecen que la responsabilidad administrativa es totalmente distinta de la penal, debe efectuarse una lectura distinta de las mismas, pues ellas no suponen expresamente una regla de acumulación de sanciones. Al contrario, debe entenderse que existirá una responsabilidad distinta a la penal, cuando se trate de hechos distintos o existan diversas razones para su castigo por separado.

La idea que subyace en este razonamiento, es que en toda norma sancionatoria estatal subyace un fin preventivo-general o disuasivo, y es a tales ideas de certeza y cognoscibilidad de la prohibición por parte del ciudadano que se imprimen en la tipicidad, las que dotan de contenido la única aplicación del Derecho cuando ello procede. A ello, es lo que se refieren los prestigiosos juristas chilenos Bustos Ramírez/Hormazabal Malarée cuando afirman que el *ne bis in idem* viene a establecer a nivel de la creación de la norma, la prohibición a la autoridad de dictar una nueva ley para ser aplicada a un mismo hecho. En consecuencia, es un llamado de atención al legislador de que si quiere criminalizar los comportamientos más graves –en atención a los principios de certeza y taxatividad– debe dejar claramente establecidos los límites entre los diversos ilícitos. Se trata en suma de un problema de técnica legislativa, un bien que ellos consideran ciertamente escaso en estos tiempos<sup>448</sup>.

Esta lúcida y certera opinión, podemos complementarla, afirmando que el *ne bis in idem* debe entenderse igualmente como una regla para el aplicador del derecho, que le inhibe sancionar doblemente una conducta. Aún más, al encontrarse entre los denominados derechos procesales del encartado, su observancia va mucho más allá del ámbito legislativo. De ahí que las técnicas del concurso de normas, las figuras procesales de la suspensión del procedimiento administrativo ante la prevalencia del penal o la incontrovertibilidad de los hechos probados en sede jurisdiccional, deben considerarse herramientas que hacen prevalecer la prohibición del *bis in idem*, como una regla interpretativa en el ámbito sustantivo así como en el trato procesal.

De ahí entonces que el *ne bis in idem* comparte una naturaleza eminentemente *dual*, es decir, como un derecho fundamental susceptible de hacerse valer tanto ante

---

doctrina que una situación antijurídica que es regulada como delito, excluye su consideración de que sea falta, ni tampoco puede ser al mismo tiempo infracción administrativa. Interpretación que difícilmente puede hacerse en el país, pues no contamos con una disposición tan explícita como esta.

448. BUSTOS RAMÍREZ/HORMAZABAL MALARÉE, «Principio de legalidad y ne bis in idem», En: A.A.V.V., *Estudios penales en homenaje al profesor Cobo del Rosal*, 164-165.

la jurisdicción ordinaria como en relación a la Constitucional –y de ahí que, por ejemplo, para la doctrina y jurisprudencia argentina, se relacione con el derecho de defensa–; pero también, como un principio que proyecta efectos limitadores en el ámbito de interpretación de los tipos así como en la concurrencia de diversos procesos sancionadores en los que se advierta la triple identidad entre sujeto, hecho y fundamento<sup>449</sup>.

Ahora bien, que hayamos concluido que tanto la seguridad jurídica –que se salvaguarda conforme los principios de legalidad y sancionatoria y tipicidad– sea el fundamento preponderante, pero también la proporcionalidad como un criterio complementario aunque únicamente limitado en cuanto a los excesos de una doble punición; no podemos dejar de destacar otras importantes aportaciones acerca de su fundamento, y en el que se relacionan distintas explicaciones en cuanto a las vertientes procesal y material.

Desde tales posturas doctrinales, se sostiene que la vertiente material del *ne bis in idem* se enfoca particularmente en evitar una doble reacción sancionadora frente a lo mismo. En otras palabras, intenta evitar un nuevo castigo una vez que se ha agotado el contenido de injusto y culpabilidad que tiene lugar ante la infracción de una regla de conducta<sup>450</sup>. De forma diferente, la vertiente procedimental, se fundamenta particularmente en la potestad jurisdiccional; en la medida que el derecho debe pronunciarse en una única vez cuando se resuelve un caso de forma definitiva. No pudiendo manifestarse en forma múltiple. Desde esta óptica, la dimensión procedimental del *ne bis in idem*, coadyuva a garantizar la estabilidad y permanencia de la solución jurídica del caso<sup>451</sup>.

Pero tales ideas nos vienen a confirmar, que es también la seguridad jurídica la que se intenta resguardar mediante la vertiente procedimental. En tal sentido, el ciudadano debe tener la certeza que no será perseguido en más de una ocasión por el mismo hecho, independiente del orden jurídico en que ello tenga lugar. Y por ende, resulta lesionada tal faceta, cuando no existen los recaudos legales que impidan la paralización de un proceso sancionatorio posterior o simultáneo al primero. Es en tal sentido, las reglas procedimentales creadas en el Derecho comparado, pueden sernos de gran utilidad para potenciar esta dimensión en el Derecho procesal salvadoreño. Pero no hay que perder de vista, que esta vertiente procedimental tiene una naturaleza eminentemente instrumental de la vertiente sustantiva, que en última instancia es la más importante<sup>452</sup>.

449. Y esta es la tesis seguida particularmente en Alemania, en la que se entiende al *ne bis in idem* como una norma procesal objetiva, una regla estructural del proceso que se materializa en un óbice procesal. Postura que es igualmente la que se sigue en el presente trabajo. Al respecto, PÉREZ MANZANO, *La prohibición constitucional*, citado, 19, nota 7.

450. GORRIZ ROYO, *Sentido y alcance del “ne bis in idem” respecto a la preferencia de la jurisdicción penal, en la jurisprudencia constitucional (en especial la STC 2/2003, 16 de enero)*, 196-197.

451. PÉREZ MANZANO, *La prohibición constitucional*, citado, 67.

452. Comparto en tal sentido lo expuesto por MAIER cuando en referencia a la vertiente procesal estipula, que lo que se pretende proteger es al imputado del riesgo de una nueva persecución penal, simultánea o sucesiva, por

### 13.3. La triple identidad

Conforme a una de las mejores caracterizaciones que la jurisprudencia comparada ha brindado en relación al *ne bis in idem* –STC 2/81– se ha sostenido que éste comporta que no recaigan duplicidad de sanciones en los casos en que se aprecie la identidad de sujeto, hecho y fundamento; y no se trate de aquellos casos en los que exista una relación de supremacía especial de la Administración como acontece en los casos de los funcionarios y servidores públicos, concesionarios entre otros casos.

Conforme a tal definición, que igualmente resulta consensuada por la doctrina especializada<sup>453</sup>, el *ne bis in idem* comporta en relación a su aplicación un presupuesto de carácter positivo –la concurrencia de la triple identidad– y un presupuesto negativo –que no se trate de aquellos casos en los que nos encontremos ante una relación de supremacía especial de la administración con relación al ciudadano–. Adicionalmente, de la conjunción interpretativa de ambos, también podemos deducir que el principio en mención tampoco es aplicable ante la inexistencia de concordancia entre alguno de los elementos que conforman la triple identidad. Esto es que se trate de diversos sujetos sancionados, diferentes hechos o motivos de persecución y juzgamiento distintos<sup>454</sup>. En cualquiera de estas tres hipótesis indicadas, la prohibición del *ne bis in idem* no despliega eficacia alguna.

Ahora bien, lo problemático es determinar que se entiende por hecho, sujetos y motivos distintos, y es aquí donde nos encontramos ante uno de los mayores retos que el principio constitucional en estudio presenta, pues de ello depende una generosa o restrictiva aplicación.

En principio, no puede desconocerse la tremenda influencia histórica que la noción de la cosa juzgada, ha tenido en relación a la triple identidad. Y es que en su origen, tales elementos aparecen claramente enumerados en el ya superado Código Civil español en su artículo 1215. De ahí deriva, la inescindible relación que ha existido entre cosa juzgada y *ne bis in idem*. Empero, más allá de esta sucinta mención, la primera dificultad con que nos encontramos es que no existe a nivel constitucional y legal explicación alguna sobre que debe entenderse por *eadem res*, *eadem personam* e *eadem causa petendi*. Parquedad tal, que ha determinado diversas y contradictorias opiniones en relación a su entendimiento.

De inicio, conviene advertir –y en este punto me adhiero a las puntualizaciones expuestas por NIETO– que para develar en contenido aproximado de los mismos y

---

una misma realidad histórica atribuida. Ella es la única, interpretación compatible si se quiere garantizar, sin hipocresías, un verdadero Estado de Derecho y si se quiere evitar las sinrazones en la aplicación práctica del principio. Textualmente sostiene: «...carece de sentido, no permitir la aplicación práctica del principio desde un comienzo de la persecución penal, para permitirlo posteriormente, y echaría por tierra la garantía el reducir el amparo a la inaplicabilidad de un precepto penal». *Derecho procesal penal argentino*, Tomo 1, Vol. B, citado, 375.

453. MESEGUER YEBRA, *El principio "non bis in idem"*, citado, 13.

454. En tal sentido, GARBERÍ LLOBREGAT/BUITRÓN RAMÍREZ, *El procedimiento administrativo sancionador*, citado, 182.

proporcionar cierta seguridad jurídica en esta materia, resulta necesario el traslape de algunas técnicas propias del Derecho Penal al Derecho Administrativo Sancionador, ya que el primero cuenta con mucha más experiencia así como un arsenal de ciertas técnicas jurídicas que podrían ser de mucha utilidad en el segundo, particularmente en lo que concierne al concurso aparente de infracciones y el concurso de delitos<sup>455</sup>. Pasemos entonces al análisis pormenorizado de cada uno de los elementos que comprenden la triple identidad:

### 13.3.1. La identidad de sujeto sancionado

Este presupuesto de la triple identidad, es quizás el que –en apariencia– menos problema presenta, pues únicamente requiere comprobar que el sancionado en el segundo procedimiento es el mismo que en el primero. Título de imputación que deviene por ser quien realizó la infracción –a título de autor– o al menos colaboró en ella –partícipe–.

En otros términos, y como muy lo explican Garberí Llobregat/Buitrón Ramírez, lo relevante en este presupuesto, es que el sujeto pasivo involucrado en la conducta antijurídica sea el mismo en todos los procedimientos, sea cual sea su naturaleza y sea cual fuere la autoridad –judicial o administrativa– concedora de los mismos, y ello es independiente del título de culpabilidad esgrimido contra ella –conducta dolosa, culposa, etc.–<sup>456</sup>.

En realidad, el mayor problema que presenta este presupuesto, es la consolidada práctica legislativa y jurisprudencial, que considera que la imposición de sanción penal a un representante de una persona jurídica; no impide la ulterior sanción administrativa de esta última, ya que se tratan de dos sujetos diferentes. De este parecer es la regulación establecida en el artículo 233 del CTri<sup>457</sup>.

Estudiando con detenimiento la cuestión, se advierte que la diferencia de trato no deviene tanto en razón de la consideración del individualmente sancionado; sino en cuanto a las diferencias de los sistemas de responsabilidad penal y administrativo. En otras palabras, el Derecho Penal salvadoreño no reconoce la responsabilidad penal de las propias personas jurídicas, pero sí las de las personas naturales que las representan (art. 38 CP), mientras que el ámbito administrativo si cabe sin problema alguno la imposición de una sanción a directamente a la persona jurí-

455. NIETO, *Derecho Administrativo Sancionador*, citado, 517 y 523.

456. GARBERÍ LLOBREGAT/BUITRÓN RAMÍREZ, *El procedimiento administrativo sancionador*, citado, 182-183.

457. «Responsabilidad de las personas jurídicas, sociedades nulas, irregulares o de hecho y fideicomisos. Artículo 233.- Las personas jurídicas son responsables de las infracciones por incumplimiento de las obligaciones tributarias a su cargo, sin necesidad de establecer la responsabilidad de las personas naturales que actúen por ellas. (...) Los integrantes de sociedades nulas, irregulares o de hecho, serán solidariamente responsables del cumplimiento de las obligaciones y de la infracción. (...) A su vez, los representantes, directores, gerentes, administradores y cualesquiera otra persona que intervenga en el funcionamiento de los fideicomisos y demás entes a que se refiere el inciso anterior, serán personalmente responsables del cumplimiento de sus propias obligaciones en su calidad de representantes, sin perjuicio de las infracciones penales que cometieren como tales, en consecuencia, serán responsables y sancionados de acuerdo con su propia actuación y responsabilidad personal».

dica, sin perjuicio tampoco de la responsabilidad solidaria que puedan tener sus integrantes. Es así que al tratarse de dos sistemas jurídicos con sistemas distintos de imputación, no existe problema alguno en reconocer en un sector a la persona natural y en el otro al ente corporativo.

No obstante lo anterior, conviene tener presente que el representante legal de la empresa actúa en nombre y en representación de ella; por ende, no necesariamente actúa a título personal. Y de ser así, verdaderamente quien debe resultar es la propia persona jurídica independiente del orden normativo en que actúe. Tesis que actualmente resulta inaceptable en nuestro país conforme el aforismo *societas delinquere non potest*.

Al efecto, resulta insostenible seguir manteniendo tal dualidad, a medida que en la legislación comparada va perdiendo importancia el axioma de la irresponsabilidad de las personas jurídicas, y en los que va adquiriendo terreno la posibilidad de imponer judicialmente ciertas medidas que antes gozaban de una exclusiva naturaleza administrativa. De tal manera, que si tal tendencia política-criminal abre brecha en nuestro país, tenemos que considerar que nos encontramos ante un mismo sujeto. En consecuencia, la única razón que pueda excluir un doble enjuiciamiento, es porque la persona jurídica merece un reproche distinto al que se efectúa a la persona natural<sup>458</sup>.

### 13.3.2. La identidad de hechos

De forma inicial, conviene señalar que este presupuesto es entendido en un número reiterado de decisiones judiciales, como el acontecimiento histórico singularmente considerado e independiente de las diversas calificaciones jurídicas que en relación al mismo se puedan aplicar<sup>459</sup>. Empero, es posible efectuar una mayor precisión del concepto, mediante el concepto de unidad de acción, propio de la teoría del concurso de delitos en materia penal<sup>460</sup>.

De acuerdo a esta tesis, la acción típicamente relevante puede comprender una serie de movimientos corporales –unidad natural de acción– o un solo comportamiento con significación jurídica –unidad normativa–. A efectos jurídicos, la doctrina penal dominante, considera que lo relevante no son los procesos naturales o fisiológicos del ser humano, a menos que tengan una significación jurídica relevante. En otras palabras esa unidad de sentido que verdaderamente importa a efectos sancionatorios, es la que comprende tanto la finalidad perseguida –factor

458. Coincido en este sentido con lo expuesto por ALARCÓN SOTOMAYOR, cuando afirma que no resultaría conculcado el *ne bis in idem*, cuando la pena impuesta a la persona física y la sanción irrogada a la persona jurídica, expresen un reproche distinto; en otras palabras, una antijuridicidad y culpabilidad no coincidentes. Véase al respecto: *La garantía non bis in idem*, citado, 43.

459. MAIER, *Derecho Procesal Penal argentino*, Tomo 1, Fundamentos, citado, 606-607.

460. Y es por ejemplo, la vía que sigue NIETO, *Derecho administrativo sancionador*, citado, 524-527. Lo sigue, ALARCÓN SOTOMAYOR, *La garantía non bis in idem*, citado, 44.

finalístico– como de la relevancia a efectos de la subsunción en una norma que puedan tener –factor normativo–<sup>461</sup>.

Desde tal óptica, los casos de una infracción continuada –es decir, una pluralidad de hechos unidos conforme a un único propósito y realizados en circunstancias semejantes– pese a que pueden ser considerados como distintos ilícitos, deben de verse como una sola conducta con significación antijurídica<sup>462</sup>. Ejemplos: la negativa de un recluso a ser trasladado de un centro penitenciario a otro, pese a la existencia de reiteradas solicitudes, debe considerarse un solo hecho y no varios. Lo mismo acontece con la desobediencia de un ciudadano, ante los sucesivos llamados a prestar servicio militar obligatorio, pues la negativa es una sola aunque la manifieste en forma reiterada.

De forma distinta, si se trata de una pluralidad de hechos con una significación jurídica diversa de cada uno de ellos –a manera de un concurso real–, en tales casos no se da el presupuesto del *eadem res* pero sí el del concurso de infracciones; ya que la aplicación de una sola norma no agota el contenido de disvalor de todas las conductas concurrentes.

Lo mismo acontece, en el concurso ideal de infracciones, en las que una sola conducta afecta una pluralidad de bienes jurídicos, y donde la aplicación de una única infracción no comprende en su totalidad todos los efectos causados por la conducta<sup>463</sup>. Ejemplo: la realización de varios atracos a mano armada en diferentes negocios durante el transcurso de un mes o el realizar diferentes vertidos tóxicos en un río en diferentes fechas, constituyen supuestos de concurso real de infracciones. De igual manera, el mostrar una conducta agresiva ante una detención legal que ocasiona lesiones a los agentes captores, puede suponer un concurso ideal entre los delitos de lesiones y resistencia.

Resulta evidente que para llegar a tales consideraciones, se requiere ineludiblemente tener en cuenta no únicamente la conducta, sino también el bien o el interés jurídicamente protegido así como el modo de ataque; lo cual nos conecta ineludiblemente con el presupuesto de la identidad del fundamento. Esto nos demuestra, que es sumamente difícil efectuar una tajante separación entre la identidad de los hechos así como del motivo del castigo, ya que ambos elementos deben tenerse en cuenta desde el inicio del examen, para reconocer si estamos ante una sola conducta o varias, y donde la coincidencia del bien o interés jurídico afectado es decisiva.

461. MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *Derecho Penal, parte especial*, 513.

462. BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE Y OTROS, *Lecciones de Derecho Penal*, 307.

463. En tal sentido, COBO/VIVES cuando señalan que la formulación tradicional del principio *ne bis in idem* es inexacta, puesto que un mismo hecho puede lesionar intereses distintos, protegidos en normas diferentes, y ser por ello sancionado varias veces sin que tal pluralidad de sanciones vulnere ningún principio constitucional. Tal y como sucede con el concurso ideal de delitos. Véase, *Derecho Penal, parte general*, 83.



Esta aseveración, nos lleva entonces a resolver caso por caso, si nos encontramos ante esa coincidencia. Empero, al menos podemos identificar dos situaciones, que podríamos considerarlas como un único hecho, a saber:

- a) El ya citado caso de la infracción continuada, en los que podemos englobar los casos de un incumplimiento reiterado de deberes.
- b) Las infracciones de naturaleza habitual, como acontece cuando se ejerce de forma ilegal una profesión y se efectúan una serie de actuaciones que se corresponden normalmente a tal ejercicio. Por ejemplo, el caso resuelto por la STC 204/1996 –sentencia de 16/XII/1996– de quienes haciéndose pasar por optometristas autorizados aperturan dos ópticas en diferentes lugares en mismo periodo de tiempo.

Concluimos, que a efectos de la prohibición constitucional de la doble sanción, lo relevante no es el suceso acaecido en su significación naturalística o material, sino en su sentido normativo. En otras palabras, cuando se encuentra en clara coincidencia con todos o algunos de los elementos de la descripción legal y se trate de un mismo interés jurídico afectado<sup>464</sup>.

### 13.3.3. La identidad de fundamento

Se trata quizás del presupuesto más complicado de la triple identidad en razón en que las normas –penales y administrativas– no suelen explicitar el bien o interés jurídico que protegen, lo cual obliga al operador jurídico a efectuar complicados y arriesgados juicios sobre el espíritu de la norma hasta el punto de rozar en ocasiones el disparate<sup>465</sup>. Aparte de ello, cuando se sostiene –como regularmente lo hace la jurisprudencia salvadoreña– una diversidad de motivos podemos nulificar la eficacia del *ne bis in idem*, con el consiguiente correlato de acumular las sanciones.

De inicio conviene enfatizar, que no existe diversidad de fundamento cuando se trata de dos o más órdenes jurídicos sancionadores distintos, esto es, administrativo y penal<sup>466</sup>. Pues un mismo jurídico puede ser protegido por ambos sectores a la vez, pudiéndose incurrir en un *bis in idem*, si se aplican ambos cuando las disposiciones aplicadas coinciden en un mismo objeto de protección. A ello, se refiere la STC 159/1985, cuando estipula que la regla del *non bis in idem* no opera, no sólo cuando se trate de autoridades del mismo orden, sino que se requiere además *que ellas los contemplen desde perspectivas diferentes*.

464. LEÓN VILLALBA, *Acumulación de sanciones*, citado, 482-485.

465. MESEGER YEBRA, *El principio non bis in idem*, citado, 17.

466. Distinto es el caso de concurrencia entre el ámbito civil y penal, pues se ha entendido –al menos en la jurisprudencia constitucional– que los motivos de persecución son distintos en razón de las diversas finalidades que tienen tanto el Derecho civil como el Derecho Penal. Lo que ha sido señalado en la improcedencia de amparo dictada el 26/II/2003 –ref. 119-2002– y la SHC de 1º/III/2002 –ref. 116-2001– en relación a los derechos de propiedad inmobiliaria o las obligaciones derivadas de un contrato civil o mercantil con la protección penal que se dispensa al patrimonio.

Por otra parte, aunque podría considerarse doctrina dominante pero igualmente discutible, se considera que cuando los diversos ordenamientos persiguen finalidades o justificaciones distintas –fines punitivos y fines disciplinarios– tampoco habría inobservancia del *ne bis in idem*, siendo factible la duplicidad sancionatoria<sup>467</sup>.

De ahí que conviene hilvanar un poco más hacia lo que en realidad resulta ser el objeto de la protección estatal, pues ahí radica en esencia la cuestión del diverso motivo. Así, lo relevante para determinar el distinto fundamento es la noción del *bien o interés concretamente protegido por la norma*<sup>468</sup>.

Por ende, para poder castigar doblemente, se ha exigir en principio que cada sanción acumulada corresponda a la afectación de bienes jurídicos diversa naturaleza, ya que ello supone un mayor desvalor de la conducta enjuiciada. Así lo establece, por ejemplo, la STC 234/1991 cuando estipula:

«...no bast[a] simplemente con la dualidad de normas para entender justificada la imposición de una doble sanción al mismo sujeto por los mismos hechos, pues si así fuera, el principio *ne bis in idem* no tendría más alcance que el que el legislador (o en su caso el Gobierno, como titular de la potestad reglamentaria) quisieran darle. Para que la dualidad de sanciones sea constitucionalmente admisible es necesario, además, que la normativa que la impone pueda justificarse porque contempla los mismos hechos desde la perspectiva de un interés jurídicamente protegido que no es el mismo que aquel que la primera sanción intenta salvaguardar o, si se quiere, desde la perspectiva de una relación jurídica diferente entre sancionador y sancionado».

Y es aquí, donde cabe efectuar operaciones interpretativas que nos permitan distinguir coincidencias entre normas administrativas sancionadoras o disciplinarias con las penales. Ejemplificando, las que existen entre la protección penal y administrativa en materia de flora y fauna protegida. En tal situación, deberá determinarse si se tratan efectivamente de un mismo interés jurídicamente protegido o uno diverso.

Dos ejemplos tomados de la jurisprudencia comparada, podrían ilustrarnos esto de mejor manera. El primero relativo al ya citado caso *Gradinger Vrs. Austria*,

467. Así, por ejemplo NIETO, sostiene en poner atención no tanto en la justificación de la norma, sino en su contenido. «...una cosa es la justificación o motivación de la norma y otra muy distinta su contenido, que es en realidad lo que importa. Lo que significa que ha de ser la propia norma la que se preocupe de incluir en el tipo las matizaciones inherentes al interés que está queriendo proteger; si así lo hace producirá efectos, más en otro caso será irrelevante». *Derecho administrativo sancionador*, citado, Pág. 510.

468. Postura unánime, así PÉREZ MANZANO expresa que: «[l]a noción de fundamento que se extrae de la jurisprudencia constitucional, en cuanto bien o interés jurídico protegido es correcta en la medida en que el fundamento de la norma sancionadora es la protección de bienes jurídicos y su finalidad prevenir las lesiones de éstos. Es también, adecuada y coherente con el fundamento material del derecho a no ser sancionado de forma múltiple, con la necesaria proporcionalidad de las sanciones. Pues es este elemento, el bien jurídico, el criterio principal para realizar el juicio de proporcionalidad de las sanciones», *La prohibición constitucional*, citado, 118.

el TEDH determinó que el comportamiento de manejar bajo los efectos de cierto grado de intoxicación alcohólica era un elemento comprendido tanto en la infracción penal como en la Administrativa, resultando ser el interés protegido por ambas la seguridad vial. En consecuencia, resultaba aplicable una sola figura típica por encontrarse una comprendida en la otra. De forma similar, en la STC 2/2003, se estipuló que la infracción regulada en la Ley de Tráfico, Circulación de Vehículos y Seguridad Vial que prohíbe la conducción bajo efecto de bebidas alcohólicas superando las tasas reglamentarias establecidas, compartían un mismo «elemento nuclear común» con el art. 379 del Código Penal<sup>469</sup>. En este caso, el Tribunal Constitucional español estipuló:

«...de la mera comparación de ambas normas derivan que son esencialmente diferentes. Sin embargo, el hecho que exista una ausencia de identidad no supone que no existe inobservancia del *ne bis in idem*. Ambas infracciones, administrativa y penal, comparten un elemento nuclear común –conducir un vehículo de motor habiendo ingerido alcohol, superando las tasas reglamentarias determinadas– de modo que al imponerse ambas sanciones de forma cumulativa, dicho elemento resulta doblemente sancionado, sin que dicha reiteración sancionadora pueda justificarse sobre la base de un diferente fundamento punitivo, dado que el bien o interés jurídicamente protegido por ambas normas es el mismo –la seguridad del tráfico como valor intermedio referencial; la vida e integridad física de todos, como bienes jurídicos referidos–. Se trata de un caso en el que el delito absorbe el total contenido de ilicitud de la infracción administrativa, pues el delito añade a dicho elemento común el riesgo para los bienes jurídicos vida e integridad física, inherente a la conducción realidad por una persona con sus facultades psíquico-físicas disminuidas, debido a la efectiva influencia del alcohol ingerido».

Obviamente, esto supone una obligación a la autoridad sancionadora –sea jurisdiccional o administrativa– a efectuar un análisis sumamente cuidadoso de las normas que concurren en la decisión del caso; a fin de averiguar si se tratan de conductas típicas iguales o idénticas únicamente en apariencia, lo que eliminaría de entrada cualquier alegación de inobservancia del *ne bis in idem*<sup>470</sup>.

469. Dispone el art. 379 CP: «[e] que condujere un vehículo a motor o un ciclomotor bajo la influencia de drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas o de bebidas alcohólicas, será castigado con la pena de arresto de ocho a doce fines de semana o multa de tres a ocho meses y, en cualquier caso, privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores, respectivamente, por tiempo superior a uno y hasta cuatro años».

470. En otras palabras y retomando lo expuesto por NIETO: «dado que la prohibición del *bis in idem* no está dirigida al legislador sino al operador jurídico, tendrá éste que analizar con cuidado los tipos concurrentes para determinar si son idénticos –en cuyo caso apreciará concurso de leyes– o concéntricos, también llamados consuntivos, es decir, cuando todos los elementos del primero están incluidos en el segundo, pero éste añade o especifica algunos más». *Derecho administrativo sancionador*, citado, 510-511.

En cuanto al régimen doméstico de la Administración y la posible confluencia que puedan tener con los delitos de funcionarios establecidos en el Código Penal, existe un amplio consenso jurisprudencial, de entender que la concurrencia de una relación de sujeción especial determina un fundamento distinto al que poseen las normas penales. Por ende, nos encontramos en presencia de fundamentos diferentes, que hacen posible la acumulación entre sanciones penales y disciplinarias. Situación que estudiaremos con detalle más adelante y por separado.

Un estudio aparte, merece el estudio de dos normas administrativas que regulen dos sectores sociales no idénticos y que puedan concurrir ante la realización de una única conducta –por ejemplo: una normativa relativa a la salubridad y otra al turismo en el caso de locales ubicados en una zona de playa que incumplen no darle el debido tratamiento a los desechos, ocasionando también un mal aspecto visual a los veraneantes; o en el caso de la violación a alguna norma relacionada con el ordenamiento urbanístico y una norma medio ambiental por una construcción ilegal en la que no se adopten medidas de protección del ecosistema natural–.

En principio, las razones sancionatorias podrían considerarse diversas, en razón de que cada uno de los órganos administrativos las imponen conforme a sus diversas competencias legales. No obstante, es viable repensar la opción, de si tal práctica supone una clara inobservancia de los principios de seguridad jurídica y proporcionalidad, que fundamentan la prohibición del *ne bis in idem*; en la medida que ambas en conjunto determinan un tratamiento exacerbado en la consecución del fin disuasivo que las inspira. Razonamiento último que nos llevaría a aplicar una tan sola norma.

En suma, el intérprete del derecho, puede encontrarse ante situaciones que comportan la concurrencia de normas punitivas que impliquen tanto identidad del hecho como identidad de fundamento como puede acontecer en el caso de las infracciones viales o las medio ambientales por citar las situaciones más representativas. Pero ello, no comporta *prima facie*, la acumulación de sanciones bajo el argumento de que son órdenes jurídicos distintos; sino que resulta imprescindible, dilucidar si nos encontramos ante un hecho cuya protección pueda solventarse con la aplicación de una sola norma –que será pues la que comprenda el disvalor global de la otra, generalmente de carácter penal–. La excepción a esta regla, es que si la disposición seleccionada no comprende todo el comportamiento o los resultados causados afectan una pluralidad de bienes jurídicos diversos, es válido tomar en cuenta la aplicación de otras disposiciones que entren en concurso real o ideal con la misma.

Tales deducciones hermenéuticas, nos llevan a efectuar una lectura distinta de la regla sancionatoria impresa en diferentes leyes administrativas nacionales, de que la responsabilidad penal y la administrativa son distintas. *Son aplicables ambas si los intereses concretamente protegidos son distintos; pero, si la situación típica es idéntica y las dos tienen como finalidad la defensa del mismo bien jurídico, es procedente aplicar tan*

sólo de una de ellas. De hacer caso omiso a esta regla, la aplicabilidad del *ne bis in idem* como derecho fundamental y regla interpretativa que impide la duplicidad sancionatoria, resultaría totalmente impracticable.

Ahora bien, para saber cuál es la norma aplicable en aquellos casos de concurrencia normativa, resulta procedente aplicar los principios del concurso de normas, que se encuentran estipulados en el art. 7 CP; y ello, en defecto de su regulación legal en las diferentes leyes sancionadoras administrativas. Lo cual no obsta para efectuar interpretaciones sistemáticas y finalísticas de ambos cuerpos normativos, en la medida que tales criterios, podemos considerarlos principios generales de la hermenéutica jurídica.

#### **XIV. La vertiente sustantiva del *ne bis in idem*: la imposibilidad de imponer una doble sanción**

##### **14.1. La técnica interpretativa del concurso aparente de leyes o de normas sancionadoras**

Como hemos visto líneas atrás, resulta inconstitucional e ilegal imponer varios castigos por la infracción de diferentes normas cuando concurra la ya periclitada triple identidad y no nos encontremos en el ámbito de una relación de supremacía especial de la Administración. De ahí que, el respeto al *ne bis in idem*, determine aplicar nada más que una de las normas punitivas que entran en un concurso aparente. Ahora, lo relevante de la cuestión es establecer *cuál* debe ser la de preferente aplicación.

Para solventar tal interrogante, se ha sostenido la necesidad de utilizar los diversos criterios resolutivos que corresponden a las reglas de especialidad, subsidiariedad y consunción que se encuentran estipuladas en el art. 7 CP<sup>471</sup>.

Criterios que no deben entenderse privativos únicamente del Derecho Penal, sino que también pueden ser aplicados dentro del Derecho Administrativo sancionador en la medida que ambos ordenamientos parten de un mismo tronco común cual es el *ius puniendi* estatal<sup>472</sup>. Y su aplicación es factible, en defecto de no contar con tal tipo de soluciones en el Derecho administrativo sancionador; pues en éste último se ha instalado cómodamente la incontrovertible máxima de que las sanciones penales y administrativas son diversas en cuanto a su fundamentación. Lo que no acontece en el derecho comparado, en el que se aprecia un mayor avance en esta materia<sup>473</sup>.

471. ALARCÓN SOTOMAYOR, *La garantía non bis in idem*, citado, 84.

472. Así lo señala la SCA de 5/X/2000, ref. 148-C-99: «el *ius puniendi* del Estado, concebido como la capacidad de ejercer un control social coercitivo ante lo constituido como ilícito, no sólo se manifiesta en la aplicación de las leyes penales por los tribunales que desarrollan tal jurisdicción, sino también se manifiesta en manos de la Administración pública».

473. También coincide en su aplicación ARROYO ZAPATERO, *El "ne bis in idem" en las infracciones al orden social*, citado, 287-321.

De todas maneras, la justificación en el uso de estas reglas por parte del operador – sea conforme a su traslape del Código Penal al Derecho Administrativo Sancionador o porque supongan la operatividad del *ne bis in idem* como derecho fundamental– responde también a la idea de impedir una múltiple sanción; esto es, conforme la regla anteriormente examinada que: un solo hecho sea sancionado conforme una sola sanción proporcionada a la gravedad de la conducta realizada así como el reproche a que se hace merecedor el infractor.

Adicionalmente, y en esto conviene seguir al prestigioso jurista colombiano Velásquez, que independientemente de su regulación positiva o no, se tratan de reglas propias de la interpretación que permiten solventar los diversos conflictos generados por la práctica<sup>474</sup>.

Entrando en materia, el *criterio de la especialidad* implica, que la regulación específica y detallada se impone por sobre la regulación general. De ahí el aforismo latino que sirve para identificar este principio *lex specialis derogat lex generalis*.

Así, se sostiene que los tipos agravados y atenuados resultan de prioritaria aplicación por sobre los básicos<sup>475</sup>. Ejemplo: el delito de desobediencia en caso de violencia intrafamiliar –art. 338-A CP– es de preferente aplicación por sobre el tipo básico de desobediencia de particulares –art. 338 CP–, en virtud de la singular situación que regula –la desobediencia de una sentencia o el dictado de una medida de protección como el alejamiento en el caso de la violencia intrafamiliar–.

De modo distinto, el *criterio de subsidiariedad*, el cual implica la oportunidad de aplicar un tipo en defecto de otro. En otras palabras, y citando a Zugaldía Espinar, la regla aquí es que el tipo auxiliar sólo es aplicable en cuanto no sea de aplicación el principal<sup>476</sup>. Lo cual a veces, puede resultar expresamente señalado por el legislador. Por ejemplo, la regla que establece el párrafo último del art. 243 CP en relación al delito de cheque sin provisión de fondos –[e]l presente delito es subsidiario frente al tipo de estafa–.

En algunos casos, tal subsidiariedad puede ser tácita, en relación a la naturaleza de los tipos en juego. Para el caso, el delito de lesiones muy graves en relación al homicidio en grado de tentativa –art. 144 en relación a los arts. 128 y 24 CP–.

Por último, el *criterio de la consunción* determina que si ante la concurrencia de tipos penales, uno de ellos absorbe la totalidad de otro o de otros, éste último será de preferente aplicación por sobre los demás. La regla consiste, en que la aplicación del tipo que consume al otro, impide la aplicación del tipo consumido<sup>477</sup>. Ejemplo: el delito de secuestro consume a la privación de libertad, de igual forma el hurto

474. VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, *Derecho Penal, parte general*, 594.

475. ZUGALDÍA ESPINAR, *Fundamentos de Derecho Penal*, 306.

476. *Ibidem*.

477. *Ibidem*.

agravado empleando violencia sobre las cosas consume el delito de daños (arts. 208.1 y 221 CP).

Ahora bien, en cuanto a la utilización de los mismos, es procedente hacer hincapié en tres cuestiones importantes: primero, es imprescindible en casos concretos atender al criterio ya señalado del bien jurídico protegido. Pues en el caso, de ser afectaciones a intereses jurídicos diversos cabrá la aplicación de diferentes tipos sea en concurso real, ideal o continuado. De ahí que podamos aseverar, que cuando nos encontremos en presencia de un concurso de infracciones, la conjunción de todas las sanciones no supondrá inobservancia alguna a la prohibición del *bis in idem*. Segundo –y como argumenta Alarcón Sotomayor– no debe buscarse una coincidencia absoluta entre las descripciones lingüísticas que entren en juego, pues ello pueda que no exista a la perfección. Lo relevante es que tanto la antijuridicidad como la culpabilidad que tipifique una esté comprendida en la otra<sup>478</sup>. Esto es a manera del criterio de consunción. Y, tercero, que el uso de tales criterios de interpretación, también nos sirven para superar los problemas de duplicidad normativa entre infracciones penales y administrativas cuando se regula una misma conducta. Ello ha quedado más que demostrado en los precedentes *Gradinger* y *Frank Fischer* dictados por el TEDH.

En los mismos se aplicó la regla de la consunción, en la medida que el delito homicidio culposo causado por una conducción de un vehículo automotor bajo los efectos del alcohol, absorbía la respectiva infracción administrativa que versaba sobre idéntico objeto. Y es lo que lo distinguió tales casos, del precedente *Oliveira Vs. Suiza*, donde una misma conducta produjo distintas afectaciones a bienes jurídicos –concurso ideal de infracciones–.

Una vez concretados los criterios a utilizar, pasemos revista a su aplicación en el Derecho sancionatorio salvadoreño de acuerdo a los órdenes jurídicos en los que pueden suscitarse los problemas.

#### 14.2. Aplicabilidad en materia penal del concurso aparente de normas

GARCÍA PLANAS, al referirse a la relevancia del *ne bis in idem* en materia penal, afirma que ello tiene lugar mediante el ámbito del concurso aparente de normas. Y se desarrolla mediante las siguientes máximas:

- a) Que por un mismo delito, no pueden imponerse dos penas.
- b) Que una misma circunstancia agravante no puede sancionarse en más de una ocasión<sup>479</sup>. En el mismo sentido, ZUGALDIA ESPINAR considera que lo relevante es que un mismo hecho no pueda considerarse dos veces como

478. ALARCÓN SOTOMAYOR, *La garantía non bis in idem*, citado, 57.

479. GARCÍA PLANAS, *Consecuencias del principio "non bis in idem"*, citado, 109.

elemento fundamentador de la responsabilidad criminal, ni tampoco posea plurales efectos agravatorios<sup>480</sup>.

Lo anterior es particularmente relevante, cuando en ocasiones se incrustan una variedad de circunstancias agravantes con una semejanza total o parcial con algunos elementos esenciales del tipo o también con plena coincidencia con otras situaciones agravatorias. Por ejemplo: en el delito de violación en menor o incapaz (art. 159 CP), la edad es un elemento esencial del tipo –menor de quince años de edad–; pero también, tal elemento es tomado en cuenta como una circunstancia específica en la agravante contemplada en el art. 162.3 CP –[c]uando la víctima fuere menor de dieciocho años de edad–.

En consecuencia, si dentro del transcurso del proceso penal, se demuestra que la víctima tiene trece años. Únicamente podrá ser tenida en cuenta la edad para configurar el tipo contemplado en el art. 159 CP, más ya no en relación con la agravante específica del art. 162 CP. Pero si se toma en consecuencia, tanto como elemento esencial del tipo y también como una cualidad modificatoria de la responsabilidad penal, estaríamos afectando gravemente la vertiente material del *ne bis in idem*.

Por otra parte, conviene advertir del análisis de los procesos judiciales salvadoreños analizados en el capítulo II, que las situaciones que han sido alegadas tanto en materia de casación penal como de hábeas corpus, tienen en común que las calificaciones jurídicas relativas a un determinado cuadro fáctico no se han agotado en un único requerimiento que de inicio a un solo proceso penal. Al contrario, un mismo hecho ha sido calificado de manera diferente, dando lugar a dos procedimientos tramitados en tribunales distintos con la consiguiente posibilidad de generar resultados contradictorios.

En realidad, el *quid* del asunto es el desconocimiento de la función saneadora que tiene la fase preliminar como conclusión de la instrucción, y en la que debe agotar todas las calificaciones posibles, conforme lo estipula el párrafo penúltimo del art. 356 CPP<sup>481</sup>. Lo cual también el Juez de Instrucción –de manera oficiosa– puede resolver conforme lo determinado en el numeral 11 del art. 362 CPP<sup>482</sup>. Y aún puede ser solventado dentro de la realización del juicio, cuando una de las partes o el tribunal de sentencia advierta un cambio en la calificación del delito, dando lugar a su suspensión a efectos de salvaguardar el derecho de defensa –art. 384 CPP párrafo primero–<sup>483</sup>.

480. ZUGALDÍA ESPINAR, *Fundamentos*, citado, 301.

481. Art. 356 CPP párrafo penúltimo: «[e]l fiscal o el querellante podrán en su acusación, señalar alternativamente, las circunstancias del hecho que permitan calificar el comportamiento del imputado en un delito distinto».

482. Art. 322 CPP: «[i]nmediatamente después de finalizar la audiencia, el juez resolverá todas las cuestiones planteadas y, en su caso: 11) Ordenará la separación o la acumulación de juicios».

483. Art. 384 párrafo primero CPP: «[d]urante la vista, el fiscal o el querellante podrán ampliar la acusación mediante la inclusión de un nuevo hecho o una nueva circunstancia que no haya sido mencionada en la acusación o en

Es evidente que tal práctica afecta el *ne bis in idem* sustantivo, con la consiguiente repercusión también en la vertiente procedimental. Pero en suma, se tratan de problemas de calificación legal y en los que no han sido debidamente aplicadas las reglas interpretativas del concurso aparente de normas, sea por craso desconocimiento o por razones verdaderamente anti-éticas y contrarias a los principios de lealtad y buena fe procesal<sup>484</sup>.

En forma correlativa, esa malograda práctica de efectuar diversas calificaciones jurídicas para impulsar diferentes acciones penales, afecta también el principio de economía procesal, lo que conlleva un dispendio excesivo de recursos económicos, institucionales y humanos del sistema de justicia penal.

En definitiva, y siendo sumamente benévolos en la apreciación, se trata de un tema en donde quizás un buen manejo técnico de la teoría de la ley penal, teoría de los concursos, finalidad de la audiencia preliminar, acumulación de juicios y principio de congruencia entre acusación y sentencia pudieran ser de utilidad para evitar estas inaceptables prácticas.

#### **14.3. Aplicabilidad en materia administrativa sancionadora del concurso de normas**

Aquí se puede relacionar el proceso contencioso administrativo 128-C-97, en el que a una empresa se le impusieron dos multas por organismos administrativos distintos y por un mismo hecho. En la resolución contencioso-administrativa, se declaró ilegal el segundo procedimiento por concurrir el mismo cuadro fáctico en ambos casos. La solución dictada merece celebrarse. Y ello nos demuestra que en tal sector del ordenamiento jurídico, podemos encontrarnos con una multiplicidad de supuestos típicos sancionadores, en los que uno de ellos es idéntico en sus elementos esenciales con otros o con una figura cualificada que ya lo contiene, con lo que la aplicación de ambos castigos resultará desproporcionada.

Como se ha expresado en reiteradas ocasiones, la dificultad que encierra la solución de estos casos en el Derecho administrativo sancionador salvadoreño, es que no se cuentan con reglas expresas en los diferentes ordenamientos sectoriales para resolver tal problemática. Entonces, se requiere de forma ineludible y vía jurisprudencia, solventar tales lagunas normativas conforme la aplicación de los criterios interpretativos del concurso de leyes antes referidos –especialidad, subsidiariedad y consunción– en la medida que ello sea posible<sup>485</sup>. Y esto, conviene

---

el auto de apertura a juicio, que modifica la calificación legal o la pena del mismo hecho, integra un delito continuado o modifica los términos de la responsabilidad civil».

484. El art. 129 CPP establece el principio de lealtad procesal de la siguiente manera: «[l]os abogados que cumplan funciones de representación como fiscales, defensores, querellantes, acusadores, actores o responsables civiles, deberán litigar con lealtad, evitando prácticas dilatorias o el abuso de las facultades que el Código les concede».

485. En tal línea CANO CAMPOS, sostiene en el caso de concurrir una duplicidad de sanciones administrativas –sean del mismo órgano o diverso– considera aplicable la teoría de los concursos que existe en el Derecho Penal. En el sentido que si un hecho es subsumible en varias normas –suficientes por sí solas para abarcar todo el desvalor o

advertirlo, tal solución resultará incompleta, en la medida que tampoco contamos con reglas la necesaria dosimetría para establecer la medida justa de la sanción –exasperación, acumulación, etc. –

Empero, en casos de obvia coincidencia –y aún en las situaciones en que se advierta la consunción de una infracción dentro de otra– si ha existido ya la imposición de una sanción mediante una resolución administrativa firme y con carácter definitivo. Ella prohibirá el posterior castigo, siempre y cuando se trate del mismo ilícito, con independencia de si la norma posterior tiene una naturaleza especial y aún cuando se prevea una sanción de mayor gravedad<sup>486</sup>.

Tal solución es defendible, en la medida que la misma se muestra coincidente con los fundamentos inherentes al *ne bis in idem*, tales como la seguridad jurídica que se proyecta en la tipicidad y la proporcionalidad de la sanción, los cuales se recogen en la máxima de que una sola sanción corresponda a un solo hecho de forma independiente a las posteriores calificaciones jurídicas que del mismo se hagan.

Lo anterior, es al parecer la línea jurisprudencial que se advierte por ejemplo, en la SSCA el 29/IV/2011 –ref, 350-2008–, cuyo supuesto de hecho consistió, en que un agente de la PNC no depositó el equipo policial asignado a su persona al salir del turno de servicio, siendo posteriormente su arma sustraída en un establecimiento en el que ingirió bebidas alcohólicas. Tanto el Tribunal Disciplinario como el de Apelaciones, calificaron la conducta como la falta grave de «violar las prohibiciones, abusar de los derechos o incumplir de los deberes contemplados en la Constitución, en las leyes o reglamentos» lo cual supuso su destitución.

La SCA determinó que tal conducta respondía específicamente a los supuestos de infracciones leves consistentes en «no entregar los elementos recibidos para la prestación del servicio en la forma y los tiempos señalados en los reglamentos y órdenes» y «dar lugar a la pérdida o extravío de las prendas del equipo policial asignado y no informar al superior». Por ende, debieron aplicarse estas últimas por ser más específicas en relación a la materia de prohibición y no la más genérica que dio lugar a la destitución por ser falta grave –principio de especialidad, que en tal pronunciamiento se denomina de «especificidad»–.

El planteamiento expuesto en uno de los considerandos de la referida decisión judicial merece destacarse íntegramente:

---

injusto del hecho– sólo una de ellas debe aplicarse, pues si se aplicaran conjuntamente se incurriría obviamente en un *bis in idem*. *Non bis in idem*, citado, 212-214.

486. Me adhiero en tal sentido, a lo propuesto por ALARCÓN SOTOMAYOR *La garantía non bis in idem*, citado, 86-87. Sin embargo, aquí podría incluirse la regla del descuento por parte del segundo órgano sancionador. Regla que veremos más adelante.

«[e]s importante apuntar que las conductas caracterizadas como graves en las normas sancionadoras conllevan una trascendencia y relevancia acentuada, porque éstas pueden incluso ser causantes de la imposición de una sanción de destitución. Sumando a ello, debe destacarse el papel que tiene el Principio de Proporcionalidad en el ámbito sancionador, en cuanto que las conductas incluidas en dicho apartado debe ser muy vejatorias y generar un perjuicio mayor que las tipificadas dentro del espectro de las infracciones leves.

En ese orden de ideas y como corolario del Principio de Legalidad –en su vertiente de la Tipicidad– se extrae la idea que las conductas adecuadas a infracciones administrativas, que pretendan ser sancionadas, tienen que responder a la característica de especificidad. De tal suerte que, para encuadrar una conducta en un supuesto de hecho de una infracción, la autoridad sancionadora debe asegurarse que la cuestión tratada no esté expresamente tipificada en otra disposición, ya que de producirse tal duplicidad la conducta deberá ser sancionada de acuerdo al ilícito expresamente tipificado y no en base a la disposición más amplia o genérica».

De lo anterior se desprende entonces, como un criterio razonable en materia contencioso-administrativa, que si uno de los tipos aplicados por la Administración engloba a otros de la misma materia, éste será de única aplicación. Y ello acontecerá, cuando todas las disposiciones administrativas aplicadas tengan como base la protección de un mismo bien jurídico, escogiéndose entonces la que abarque completamente o en su mayor parte el hecho disvalioso cometido por el administrado.

Y aún, la regla podría ser aplicada cuando las infracciones administrativas fueran diferentes pero el tratamiento sancionatorio deviniere en desproporcionado. Así, si los fines de la administración pueden ser solventados con una sanción y ella ya de por sí resulta drástica, como en el caso de las multas, no tiene sentido la imposición de otra que tenga como base otros aspectos que no comprendió el enjuiciamiento de la primera.

## **XV. La vertiente procedimental del *ne bis in idem*: la imposibilidad de un doble procedimiento por el mismo hecho**

Si bien el principio *ne bis in idem*, impide en consecuencia la duplicidad de sanciones por un mismo hecho, en su vertiente procedimental en sentido estricto impide un segundo procedimiento de carácter sucesivo o aún simultáneo en el caso de concurrir la referida triple identidad. Y es que el mejor modo para que no se apliquen dos sanciones, es evitar entonces, la sustanciación de dos procedimientos, de forma independiente al probable resultado que se produzca<sup>487</sup>. Esto quedó clara-

487. En tal sentido TRAYTER JIMÉNEZ afirma: «[e]l principio non bis in idem o también denominado función negativa de la cosa juzgada, puede sintetizarse en la fórmula “no dos procesos con el mismo objeto”, e impide a un órgano

mente estipulado en la STC 159/1985 cuando resaltó que el principio en estudio implica la «prohibición de que, por autoridades de un mismo orden y a través de procedimientos distintos, se sancione repetidamente una misma conducta, por entrañar esta posibilidad una inadmisibles reiteración en el ejercicio del *ius puniendi* del Estado».

En tal sentido, el criterio que debiera regir en tales problemáticas, debiera de ser de *carácter cronológico*. En otras palabras, conforme a un orden de prioridad temporal, la primera sanción es la única que debiera ser aplicable, quedando descartada la segunda independiente del orden normativo del que provenga la segunda. Aunque esto suele ser sumamente discutido, debido a la primacía que tiene la jurisdicción penal en su competencia de conocer de forma exclusiva de los delitos, considerémoslo una propuesta aceptable de acuerdo a los fundamentos que rigen la prohibición del doble juzgamiento.

Ahora bien, esta propuesta no presenta complicación alguna en relación a los procesos ventilados en la jurisdicción penal, en los que el instituto de la cosa juzgada despliega todos sus efectos en relación a los procesos posteriores, y donde funciona el mecanismo procesal de la acumulación de juicios en el caso de existir tramitaciones simultáneas<sup>488</sup>. Sino que las situaciones más problemáticas se relacionan dentro del orden administrativo en los que no existe tal situación de cosa juzgada, a menos que el caso sea resuelto en forma definitiva por la Sala de lo Contencioso Administrativo.

En tal orden jurídico, al sustanciarse un expediente sancionatorio por una determinada conducta, pero que resulta también conocida por otro ente gubernamental para efectos de su castigo, lo único que vuelve admisible ambos castigos es que exista un fundamento distinto. No obstante ello, sería conveniente propugnar en estos casos –a fin de respetar particularmente la proporcionalidad de la sanción– la aplicación del criterio cronológico, lo cual determinaría una ineficacia de la segunda sanción, en el caso de que los fines disuasivos se haya satisfecho con la ejecución de la primera<sup>489</sup>. Y el fundamento de tal solución, es sencillamente que

---

administrativo posterior o a un nuevo juez penal emitir su fallo cuando el objeto del proceso ha sido resuelto con anterioridad en los casos que exista identidad de sujeto, hecho y fundamento». Al respecto véase su artículo: *Sanción penal-sanción administrativa. el principio "non bis in idem" en la jurisprudencia*, 113-136.

488. Como lo señala acertadamente MAIER, la ley procesal establece formas de invocar el principio *ne bis in idem*, cuando es conculcado por la actividad procesal. Si se intenta perseguir a quien ya fue absuelto o condenado por el mismo hecho punible en otro procedimiento, tal inobservancia debe denunciarse por la vía de la excepción de la cosa juzgada. En cambio, si se intenta perseguir a alguien, que ya está siendo perseguido por el mismo hecho, existe la *litis pendencia*. La *litis pendencia* planteará, ordinariamente, una cuestión de competencia, pues uno solo, entre los varios tribunales u órganos que tramitan la persecución penal, es el que proseguirá el procedimiento. Y aún tal garantía puede ser invocada aún de oficio por el mismo tribunal y hasta dentro del ámbito de la ejecución de la sentencia. *Derecho Procesal Penal argentino*, 2ª edición, citado, 632.

489. En efecto, si la primera sanción impuesta es más que suficiente para la corrección de la conducta y el restablecimiento de los fines disuasivos que también son inherentes a las infracciones administrativas, no tiene sentido, la aplicación de la segunda. Como se sostuvo muy claramente en la STC 154/1990 «aplicada una determinada sanción a una específica infracción, la reacción punitiva ha quedado agotada. Dicha reacción ha tenido que estar en armonía o consonancia con la acción delictiva, y la correspondiente condena ha de considerarse como autosuficiente desde una perspectiva punitiva, por lo que aplicar otra sanción en el mismo

nos encontramos ante una «descoordinación administrativa escandalosa», cuyo endoso no corresponde al ciudadano que la soporta<sup>490</sup>.

En el Derecho comparado, tales situaciones dan lugar a la aplicación de un conflicto de competencia entre las Administraciones, tal y como se regula tanto en la LRJPAC –art. 20– y RP –art. 5–<sup>491</sup>. Pero en nuestro país, no contamos con tales mecanismos regulatorios específicos para tal tipo de conflicto, ni el legislador se ha tomado el tiempo necesario para reparar en ellos. Ante tal vacío, debe sostenerse la posibilidad de resolverlos vía jurisprudencia conforme el ya citado criterio cronológico, o también, bajo el criterio de la especialidad de la materia. En última instancia, también podría ser utilizada la técnica del descuento de la primera sanción en la segunda, si es que se trata de una multa administrativa, cuestión que veremos más adelante.

Pasando al tema central en estudio, la mayor complicación la encontramos cuando es una autoridad judicial penal y una administrativa las que entran en colisión, la primera por una conducta delictiva y la segunda por una infracción Administrativa. Esto acaece cuando estamos ante un supuesto de hecho regulado en ambas normativas. Ejemplo: la conducción temeraria de vehículos, algunos atentados al medio ambiente o en el ámbito de las infracciones a la normativa de seguridad laboral entre otros casos.

En nuestro país, por resultar una concepción dominante el criterio de la compatibilidad sancionatoria, no existe problema alguno para la sustanciación independiente de ambos tipos de procedimientos así como en relación a la valoración probatoria que en los mismos se hagan, los cuales pueden llegar a feliz término sin tener relación alguna el uno con el otro. Sin embargo, la posibilidad de dictarse pronunciamientos contradictorios es más que patente, con lo cual la afectación a la seguridad jurídica queda en evidencia. De forma colateral, véanse los múltiples

---

orden punitivo representaría la ruptura de esa proporcionalidad, una reacción excesiva del ordenamiento jurídico, al infringirse al condenado una sanción desproporcionada respecto de la infracción que ha cometido».

490. GARBERÍ/LLOBREGAT, *El procedimiento administrativo sancionador*, citado, 192. Ambos autores sostienen «...no puede albergarse ninguna duda de que la permisibilidad de duplicar la sanción administrativa por unos mismos hechos atenta al principio *non bis in idem*».

491. Art. 20 LRJPAC. «Decisiones entre órganos. 1. El órgano administrativo que se estime incompetente para la resolución de un asunto remitirá directamente las actuaciones al órgano que considere competente, si éste pertenece a la misma Administración Pública. 2. Los interesados que sean parte en el procedimiento podrán dirigirse al órgano que se encuentre conociendo de un asunto para que decline su competencia y remita las actuaciones al órgano competente. Asimismo, podrán dirigirse al órgano que estimen competente para que requiera de inhibición al que esté conociendo del asunto. 3. Los conflictos de atribuciones sólo podrán suscitarse entre órganos de una misma Administración no relacionados jerárquicamente, y respecto a asuntos sobre los que no haya finalizado el procedimiento administrativo».

Art. 5 RP. «1. El órgano competente a resolver la no exigibilidad de responsabilidad administrativa en cualquier momento de la instrucción de los procedimientos sancionadores en que quede acreditado que ha recaído sanción penal o administrativa sobre los mismos hechos, siempre que concurra, además, identidad de sujeto y fundamento. 2. El órgano competente podrá aplazar la resolución del procedimiento si se acreditase que se está siguiendo un procedimiento por los mismos hechos ante los órganos comunitarios europeos. La suspensión se alzarán cuando se hubiese dictado por aquéllos resolución firme. Si se hubiera impuesto sanción por los órganos comunitarios, el órgano competente para resolver deberá tenerla en cuenta a efectos de graduar la que, en su caso deba imponer, pudiendo compensarla, sin perjuicio de declarar la comisión de la infracción».

casos conocidos por la SCA, de destituciones efectuadas a miembros de la corporación policial, pese a ser penalmente sobreseídos de forma definitiva o puestos en libertad por obtener una sentencia absolutoria. En tales situaciones, se advierte con suma nitidez, los derechos fundamentales del infractor –particularmente en lo relativo a no ser «perseguido» nuevamente por los mismos hechos– se ponen en vilo de una nueva afectación.

Tal práctica, debe reputarse inconstitucional, en la medida que supone una seria afrenta a la seguridad jurídica que se traduce en el respeto de la cosa juzgada como cualidad inherente de las decisiones judiciales. Y es que en efecto, se afecta particularmente la dimensión material del instituto procesal en mención, en la medida que con la primera decisión judicial penal, se crea un vínculo de naturaleza jurídico-pública, que obliga tanto a jueces como a la Administración a no juzgar o resolver de nuevo lo ya decidido y no admitir nuevas controversias acerca de ello<sup>492</sup>.

Pero también, tal práctica es contraria a la vertiente procedimental del *ne bis in idem*, en cuanto resulta inadmisibles aperturar un procedimiento diferente al primeramente tramitado por lo mismo –la garantía ínsita en el aforismo inglés del *double jeopardy*–. Y es a ello que se refiere la STC 77/1983 cuando enfáticamente señala:

«el principio *non bis in idem* determina una interdicción de la duplicidad de sanciones administrativas y penales respecto de unos mismos hechos, pero también a la imposibilidad de que, cuando el ordenamiento permite una dualidad de procedimientos, y en cada uno de ellos ha de producirse un enjuiciamiento y una calificación de unos mismos hechos, el enjuiciamiento y la calificación que en el plano jurídico puedan producirse, se hagan con independencia, si resultan de la aplicación de normativas diferentes, pero que no pueda ocurrir lo mismo en lo que se refiere a la apreciación de los hechos, pues es claro que unos mismos hechos no pueden existir y dejar de existir para los órganos del Estado».

En términos prácticos, de incoarse una acción penal, la autoridad gubernativa correspondiente debe paralizar el procedimiento administrativo y esperar las resultas del proceso judicial para determinar si continúa con el mismo o lo archiva. De existir un pronunciamiento judicial definitivo, la primera debe respetar la valoración fáctica efectuada en la segunda –más no en lo que se refiere a la calificación jurídica de la infracción– teniendo ineludiblemente que tomar en cuenta los hechos probados vía judicial en su ulterior decisión.

Si la autoridad administrativa sancionadora, no paraliza el procedimiento y lo concluye mediante una decisión definitiva, contradiría en el contenido esencial de

492. MONTERO AROCA Y OTROS, *Derecho Jurisdiccional III, El Proceso penal*, 418 y 419.

la cosa juzgada como característica inherente de la función jurisdicción, trascendiendo sus efectos al valor constitucional de la seguridad jurídica<sup>493</sup>.

Para evitar tales contradicciones, se han establecido en el ámbito del Derecho comparado algunas reglas para evitar estas complicadas cuestiones. Reglas que surgieron primeramente de la jurisprudencia constitucional, y que actualmente se han sido positivizadas en diferentes ordenamientos de carácter administrativo como acontece en España. Pero que en nuestro país, requerirán que tanto la SC como SCA, efectúen a pulso de sentencias, su necesaria introducción y consolidación en una práctica cotidiana que dista mucho de ser respetuosa del *ne bis in idem*. De todas maneras, y desde una óptica de *lege ferenda*, resultará obligada su inclusión en una futura Ley Sancionadora de la Administración Pública salvadoreña.

Estas reglas son:

- a) La supremacía del orden penal en relación a la tramitación del procedimiento administrativo sancionador.
- b) El deber de respetar la apreciación de los hechos realizados por la jurisdicción penal.
- c) La técnica del descuento de la sanción administrativa en la determinación judicial de la pena, en el caso sumamente patológico de que la administración sancione antes que la jurisdicción.

### **15.1. La supremacía del orden penal en relación a la tramitación del procedimiento administrativo sancionador**

Esta regla impone la necesaria prevalencia que tiene la jurisdicción penal por sobre la tramitación del expediente administrativo, y obliga a la Administración –ante un conocimiento de un hecho presuntamente delictivo– a paralizar el procedimiento que está diligenciando y remitir lo actuado a la Fiscalía General de la República para la continuación de la investigación, que de aquí en adelante revestirá carácter penal<sup>494</sup>. En otras palabras, tal supremacía del orden jurisdiccional, se traduce en el nivel procesal, mediante la prioridad del proceso penal por sobre las actuaciones administrativas, que han de quedar bloqueadas hasta que aquél finalice.

493. Lo anterior es una práctica regular que acontece con relación a los órganos con competencia disciplinaria policial. Los cuales luego de haber obtenido el infractor el sobreseimiento penal, deciden seguir tramitando el respectivo expediente –practicando pruebas, entrevistando testigos, etc.– hasta que concluyen obteniendo la destitución en el Tribunal Disciplinario.

494. GARBERI/LLOBREGAT, sostienen que la regla general es que se ordene a la Administración, que en el momento que aprecie la posible existencia de responsabilidad penal, lo comuniquen al Juzgado correspondiente –en nuestro caso, a la FGR por ostentar ella el monopolio exclusivo de la acción penal– y paralice sus propias actuaciones en espera de la resolución judicial, *El procedimiento administrativo sancionador*, citado, 188.

La enunciación de esta regla de garantía a favor de la prohibición constitucional de simultaneidad de dos procedimientos, aparece claramente descrita en la célebre STC 77/1983:

«...[l]a subordinación de los actos de la Administración de imposición de sanciones a la Autoridad judicial, exige que la colisión entre una actuación jurisdiccional y una actuación administrativa haya de resolverse a favor de la primera. De esta premisa son necesarias consecuencias las siguientes: a) el necesario control a posteriori por la autoridad judicial de los actos administrativos mediante el oportuno recurso; b) la imposibilidad de que los órganos de la Administración lleven a cabo actuaciones o procedimientos sancionadores en aquellos casos en que los hechos puedan ser constitutivos de delito o falta según el Código Penal o las leyes penales especiales, mientras la Autoridad judicial no se haya pronunciado sobre ellos; c) la necesidad de respetar la cosa juzgada. La cosa juzgada despliega un efecto positivo, de manera que lo declarado por Sentencia firme constituye la verdad jurídica y un efecto negativo, que determina la imposibilidad de que se produzca un nuevo pronunciamiento sobre el tema».

Se advierte en tales considerandos, que esta regla de carácter netamente procedimental, puede ser también explicada mediante otro tipo de razones, entre las que se relacionan el necesario control jurisdiccional de los actos administrativos, y la necesaria vinculación de la Administración sancionadora a lo resuelto en un proceso llevado a cabo ante la autoridad judicial.

Pero dejando de lado, la indagación acerca del verdadero fundamento de esta regla procesal, lo importante es entender –como afirma Meseguer Yebra– que la suspensión irrumpe en el procedimiento sancionador como la garantía de que no se produzca un doble enjuiciamiento de los mismos hechos en dos esferas diferentes, impidiendo llegar a diferentes apreciaciones de los hechos acaecidos con las consiguiente producción de decisiones contradictorias<sup>495</sup>.

Algunos administrativistas, sostienen que esta regla carece de sentido, si es un Tribunal Contencioso Administrativo el que posteriormente confirma la sanción impuesta por la Administración, y más aún, si la modifica. De ahí la interrogante acerca de donde se encuentra esa prevalencia que pudiera existir entre dos órganos jurisdiccionales<sup>496</sup>.

Pero quizás la crítica más punzante sea, que tal axioma tiene como base una ficción: la de que el procedimiento judicial penal es el que mejor asegura los derechos individuales frente a la arbitrariedad del poder ejecutivo. Y por ello señala que

495. MESEGUER YEBRA, *El principio "non bis in idem"*, citado, 22-23.

496. NIETO, *Derecho Administrativo Sancionador*, citado, 486.

es «un perjuicio que carece por completo en la actualidad, dado que los tribunales contencioso-administrativos ofrecen las mismas garantías de independencia institucional y defensa de los ciudadanos»<sup>497</sup>.

Sin embargo, tal afirmación es válida en España, donde se cuenta con una planta de jueces especializados contencioso-administrativos y con una gama de ordenamientos estatales y autonómicos que regulan con mayor o menor precisión las garantías mínimas con las que cuenta un ciudadano; lo que no acontece en El Salvador, en donde únicamente la Sala de lo Contencioso Administrativo es la encargada de resolver los litigios de naturaleza administrativa, con una ley sumamente parca del año 1978; y cuya resolución no tiene la prontitud y eficacia que actualmente tiene el procedimiento penal<sup>498</sup>.

Por otra parte, y a mi modo ver, la jurisdicción penal es la única que por el momento garantiza de mejor forma los derechos y garantías de los ciudadanos en comparación al procedimiento administrativo, basta ver la regulación expresa del *ne bis in idem* en el art. 9 del recién estrenado CPP<sup>499</sup>.

Adicionalmente a ello, y para sostener la necesaria prevalencia del orden penal por sobre el administrativo sancionador, considero que deben tenerse en cuenta los argumentos esgrimidos en la STC 2/2003, en el sentido que:

- a) La declaración de responsabilidad penal se efectúa en un proceso en el que rigen garantías específicas integradas a la noción del debido proceso y que repercuten en el contenido del derecho de presunción de inocencia; mientras que la declaración de responsabilidad por infracción administrativa se realiza en un procedimiento en el que tal derecho se aplica de forma modalizada, lo que implica un menor contenido garantista del mismo.
- b) La garantía de imparcialidad no puede predicarse de la Administración sancionadora en el mismo sentido que respecto a los órganos judiciales –especialmente en las infracciones de autoprotección– ni impone las mismas reglas a la actuación de la Administración.

497. *Ibidem*.

498. Aún me caben las dudas de si efectivamente puede existir equiparación entre el procedimiento administrativo sancionador y el judicial penal. Particularmente, desde la misma noción de imparcialidad que es inherente junto con la independencia a la potestad jurisdiccional, yo creo que la pregunta se contesta en un sentido negativo. Se aduce que la Administración debe de alguna manera asegurar el desinterés subjetivo de la persona concreta del funcionario que declara el acto administrativo; pero se reconoce que es difícil que no puedan tomarse en cuenta los intereses de la Administración en el caso que se tramita. En suma, no puede existir un desinterés objetivo de la Administración en los casos que conoce como juez y parte. Sobre lo anterior, MONTERO AROCA Y OTROS, *Derecho Jurisdiccional I, Parte General*, 101.

499. «**Única persecución. Art. 9.-** Nadie será procesado ni condenado más de una vez por el mismo hecho, aunque se modifique su calificación o se aleguen nuevas circunstancias. La sentencia absolutoria firme dictada en el extranjero sobre hechos que puedan ser conocidos por los tribunales nacionales producirá el efecto de cosa juzgada».

- c) No rige en este último ámbito, la garantía de publicidad inherente al proceso penal. Así también ciertos medios de prueba gozan de una presunción de validez en el procedimiento administrativo como la inspección o los informes; lo cual es contrario, a las reglas generales de valoración de la prueba en el proceso jurisdiccional, cuya producción debe efectuarse en condiciones de oralidad, publicidad e intermediación, lo que implica que la imposición de una sanción debería sustentarse en pruebas valoradas en dichas condiciones.

Como muy bien señala tal fallo, ello no resta credibilidad al poder sancionador de la Administración ni a su legitimidad constitucional; sino que se tratan de razonamientos que buscan solventar un problema específico de la dualidad del ejercicio de la potestad sancionadora del Estado, por parte de la Administración y la jurisdicción penal, en el sentido que las resoluciones dictadas por la última no pueden ceder ante las dictadas por aquélla.

Volviendo a nuestro entorno, una regla más o menos similar –pero que no podemos considerar idéntica a los planteamientos efectuados– es la que se estipula en el art. 251 CP, que reza de la siguiente manera:

«[e]n los demás casos, cuando la Administración Tributaria, en el ejercicio de la facultad de fiscalización, tenga conocimiento del cometimiento de Delitos de Defraudación al Fisco, en atención al principio de prejudicialidad, se abstendrá de continuar con el procedimiento administrativo, elaborará el informe respectivo y comunicará dicha situación a la Fiscalía General de la República. Dicho informe deberá comprender todos los hechos detectados durante el o los períodos comprendidos en el auto de designación de auditores para la verificación de la fiscalización.

El aviso de la existencia del delito lo realizará la Administración Tributaria por medio de informe debidamente razonado, avalado por el Director General y el Subdirector General de Impuestos Internos, al cual se acompañará la documentación e información a que haya lugar, indicando el monto de impuestos evadidos, de retenciones o percepciones apropiadas indebidamente, de reintegros, devoluciones, compensaciones o acreditamiento indebidos; y la indicación de los documentos falsos, según cuál sea el delito que se suscite.

En el supuesto de condenatoria, no habrá lugar a la prosecución del procedimiento administrativo.

Cuando por cualquier circunstancia dentro del proceso judicial el Juez de la Causa estableciera que el monto defraudado es inferior a los montos que este Código establece para la configuración de los delitos de Defraudación al Fisco, o que la conducta del procesado no es constitutiva de delito, no se liberará al sujeto pasivo de la responsabilidad tributaria sustantiva. El Juez correspondiente deberá

certificar lo conducente y librar oficio a la Administración Tributaria en el que haga del conocimiento las citadas circunstancias.

El pronunciamiento del Juez que declare la inexistencia de responsabilidad penal, no inhibe la facultad de la Administración Tributaria para determinar la responsabilidad tributaria sustantiva del contribuyente en sede administrativa, liquidando el impuesto y accesorios respectivos».

Lo criticable de esta norma, es confundir los ámbitos de la prejudicialidad, con la indiscutible preferencia de la jurisdicción penal para conocer de los delitos. Es obvio que en materia tributaria, el ámbito de tasación es determinante para conocer si estamos ante una infracción administrativa o un delito –o en cualquiera de los casos contemplados en los literales a), b) o c) párrafo primero del art. 251 CP– y es aquí donde cabe el ámbito de la prejudicialidad en relación a las condiciones objetivas de procesabilidad que en esta materia son más que necesarias.

Pero más allá de estos casos, el párrafo segundo estipula adicionalmente a lo anterior, el deber de abstención por parte de la Administración tributaria ante un hecho presuntamente criminal, con la consiguiente obligación de completar aquellas diligencias útiles que le sirvan al ministerio público fiscal para la respectiva incoación de la acción penal. Aquí tiene lugar entonces, el ya examinado principio de prevalencia de la jurisdicción penal por sobre la Administración lo cual impone un deber de suspensión del procedimiento de la Dirección General de Impuestos Internos; y es más, resulta ser tan respetado por esta norma la regla en mención, que si en el dado caso la decisión judicial es de condena, ya no tiene sentido la imposición de una sanción administrativa tributaria (art. 251 CP párrafo cuarto).

Lo que es sumamente discutible es, que aunque la autoridad judicial declare la inexistencia de responsabilidad penal, ello no inhibe a la Administración para determinar la responsabilidad tributaria sustantiva del contribuyente en su sede, liquidando el impuesto y sus costes accesorios.

Otro aspecto que merece una opinión aparte, es la regla contenida en el párrafo tercero del artículo 251 CP, que estipula que ante el pronunciamiento judicial que declare la inexistencia de responsabilidad penal, ello no inhibe a la Administración para determinar la responsabilidad tributaria del contribuyente.

Resulta obvio, que si la causa de atipicidad sobreviene por no encontrarse dentro de los montos que distinguen la infracción tributaria de un delito contra la Hacienda Pública, ello no supone obstáculo alguno para que la Administración tributaria pueda proseguir el respectivo expediente. Lo que sí es criticable, es que una vez que el juez penal se haya pronunciado estableciendo la inexistencia del hecho y no se trate de una mera causa de atipicidad por el monto, pueda la Administración reanudar el expediente administrativo. Si es así, la inobservancia al *ne bis*

*in idem* es más que palpable, ya que hay una decisión judicial que lo impide y que debe ser respetada por el órgano administrativo sancionador.

En suma, para evitar tales problemas que suponen una abierta trasgresión a la prohibición constitucional del doble juzgamiento, debe entenderse que el órgano tributario únicamente podrá seguir sustanciando su expediente, cuando se trate de otros hechos que no fueron conocidos por el juez penal, y los cuales tengan asidero en una infracción de distinto contenido a las que componen los delitos conocidos ante la jurisdicción penal.

Un segundo caso, que merece singular atención, es el contemplado en el art. 44 de la Ley Forestal, que establece:

«Art. 44.- En caso de que la infracción forestal diere origen a un hecho tipificado como delito en el Código Penal, la autoridad forestal lo habrá del conocimiento de la Fiscalía General de la República, una vez se haya concluido el procedimiento correspondiente».

Aquí, resulta evidente la inobservancia a la vertiente sustantiva del *ne bis in idem*, como la garantía de preferencia del procedimiento penal por sobre el administrativo. Resulta imprescindible en materia medio-ambiental, efectuar ciertas diligencias de carácter técnico, que permitan con precisión, sustentar la pretensión penal por parte del Ministerio público fiscal; particularmente en lo que concierne a los delitos medio-ambientales. Pero, es harto discutible, tener que esperar la conclusión de un procedimiento administrativo –el cual que puede culminar con la imposición de una sanción administrativa– para luego dar aviso correspondiente a la instancia penal respectiva, implicando el serio riesgo de una doble condena cuando el caso sea ventilado posteriormente ante los tribunales penales.

En realidad, lo criticable de esta disposición, son las posibles interpretaciones que de la misma puedan efectuarse como la anteriormente expuesta que es la que al menos se deduce de la letra de la ley. Empero, cabe efectuar una segunda interpretación de carácter menos conflictiva con el tema en estudio. Y es que en el dado caso, si la autoridad administrativa correspondiente advierte al finalizar el procedimiento que está ante un delito –por ejemplo, el de depredación de bosques, art. 258 CP– debe sustanciar el procedimiento administrativo, pero sin emitir decisión una decisión definitiva al respecto, remitiendo las diligencias practicadas al ente promotor de la acción penal. Una vez que haya concluido el procedimiento penal, y de acuerdo a las resultados del mismo, debe determinar si impone o no la sanción respectiva.

Para terminar, debe reconocerse que tal paralización es necesaria, no sólo para asegurar un hipotético doble castigo, sino también para asegurar la efectiva vinculación de la Administración a lo que resolverá la jurisdicción penal, y particularmente, en lo relativo a la determinación fáctica de lo acontecido. Al efecto, también

debe entenderse como una situación que interrumpe el plazo de la prescripción de la infracción administrativa. Aunque sobre ello, sería necesaria su plasmación legal en los diferentes ordenamientos administrativos sancionatorios, que estipulen la sustanciación del procedimiento penal como una causa de interrumpe la prescripción.

### 15.2. El deber de respetar la apreciación de los hechos realizada por la jurisdicción penal

Siguiendo el trazo establecido por el Tribunal Constitucional español, las condiciones inherentes al proceso penal, particularmente en lo relativo al enjuiciamiento de los hechos así como la calificación jurídica en el que se pronuncia la decisión definitiva, determinan la trascendencia de la valoración fáctica que se hagan de los mismos en cualquier ámbito sancionatorio. Y ello se debe, a que en relación al órgano jurisdiccional, sus decisiones se encuentran revestidas del ámbito de las cualidades inherentes a la cosa juzgada; además que gozan de una legitimación procedimental derivada de los principios inherentes a la función jurisdiccional, tales como su independencia e imparcialidad, características que difícilmente pueden predicarse de la Administración<sup>500</sup>.

De ahí entonces, si bien puede relacionarse *prima facie* con el aspecto positivo de la *res iudicata*, ese deber de respetar la valoración fáctica efectuada por la jurisdicción, tiene una justificación más amplia, y se enfoca en la necesidad de tutelar de manera reforzada la forma en que se determinan los hechos en un proceso en el que verdaderamente resultan operativas todas las garantías contentivas del debido proceso<sup>501</sup>.

Desde esta óptica, por ejemplo, la presunción de inocencia –como uno de los más esenciales derechos fundamentales de carácter procesal penal– al ser garantizado en la jurisdicción criminal, sus efectos trascienden a todos los demás poderes del Estado que ostenten poder sancionador, imponiéndoles reputar provisionalmente inocente a una persona respecto de los hechos por los cuales ha sido juzgado<sup>502</sup>.

500. Así lo establece, la ya citada STC 2/2003 cuando señala: «De ello deriva que ni siquiera la determinación fáctica realizada en el procedimiento administrativo sancionador pueda considerarse que ha sido objeto de pronunciamiento definitivo en estos casos de concurrencia de infracciones administrativa y penal, pues dicha acotación jurídica de los hechos ha tenido lugar por un órgano público del que no puede predicarse la imparcialidad en el mismo sentido en que se predica y exige de los órganos judiciales y sin sujeción a las garantías de inmediación, oralidad y publicidad en la valoración de la prueba».

501. Como apunta claramente PÉREZ MANZANO, la tutela judicial efectiva que brinda el proceso penal, resulta a todas luces superior a la que brinda el procedimiento administrativo. *La prohibición constitucional, citado*, 70-72.

502. Sin embargo, VIVES ANTÓN llega mucho más allá en este planteamiento, precisando que en la práctica, existe la implícita premisa que, para las infracciones y sanciones administrativas, hay una especie de reserva de la Administración, de modo que no cabría atribuir a los tribunales penales competencias para imponer una multa de tráfico cuando –en el enjuiciamiento de un accidente– se llega a la conclusión de que no hay delito ni falta, pero sí infracción administrativa. En realidad, sostiene, no existe en la Constitución nada que prohíba hacerlo, y es más ello es aconsejable que lo efectúe la autoridad judicial, *Ne bis in idem procesal, citado*, 25.

Esta explicación, implica dejar de lado la tesis de la no vinculación de las actuaciones administrativas a las efectuadas en sede penal, cuyo fundamento radica en que la jurisdicción opera con técnicas y criterios diversos a los del ámbito administrativo. Ello produce, la esquizofrénica visión de que unos hechos existen y no existen a la vez para diversos órganos del Estado<sup>503</sup>. Noción que resulta totalmente contradictoria con el entendimiento del Derecho sancionatorio en general como una unidad y en la que no existe más que una diferencia sencillamente cuantitativa entre ambos tipos de injustos. En otros términos, no puede entenderse al Derecho Penal como al Derecho Administrativo Sancionador como una suerte de compartimentos estancos e incommunicables<sup>504</sup>.

En consecuencia, la regla procedimental de sujeción a lo resuelto en el ámbito jurisdiccional penal, sirve para asegurar la inexistencia de pronunciamientos punitivos contradictorios en cuantos los hechos; e impone, que en el procedimiento administrativo, vuelva a pedirse, practicarse y valorarse prueba dirigida a acreditar los hechos ya declarados probados –o no probados– impidiéndose una divergente valoración de los hechos<sup>505</sup>.

Con mayor especificidad, la regla de la intangibilidad de los hechos probados en sede jurisdiccional, impone las siguientes consecuencias prácticas:

- a) La conducta típicamente penal se declara no haber existido, la Administración no podría sancionar por ellos.
- b) Si la no declaratoria de responsabilidad acaece por motivos distintos a la existencia del hecho –como puede ser debido al incumplimiento de una condición objetiva de procesabilidad o de penalidad, y aún ante la existencia de una excusa absolutoria– la Administración podría continuar con la sustanciación del expediente administrativo, en virtud de ser situaciones totalmente ajenas a la determinación fáctica de la conducta.
- c) Si el pronunciamiento judicial, se deriva de que existe insuficiencia de pruebas para aperturar a juicio en relación con un determinado hecho –sujeto también a la aplicación de una sanción administrativa– dictándose en consecuencia un sobreseimiento; ello permitiría a la Administración continuar la tramitación del expediente administrativo hasta su conclusión, pues en tal caso, no se ha probado que fehacientemente su inexistencia.

503. Claramente lo señaló la STC 77/1983 de 3/X/1983: «el principio *non bis in idem* determina una interdicción de la duplicidad de sanciones administrativas y penales respecto de unos mismos hechos, pero conduce también a la imposibilidad de que, cuando el ordenamiento permite una dualidad de procedimientos, y en cada uno de ellos ha de producirse un enjuiciamiento y una calificación de unos mismos hechos, el enjuiciamiento y la calificación que en el plano jurídico puedan producirse, se hagan con independencia, si resultan de la aplicación de normativas diferentes, pero que no pueda ocurrir lo mismo en lo que se refiere a la apreciación de los hechos, pues es claro que unos mismos hechos no pueden existir y dejar de existir para los órganos del Estado».

504. VIVES ANTÓN, *Ne bis in idem*, citado, 22.

505. BENLLOCH, *El principio de non bis in idem*, citado, 39.

- d) Si el sobreseimiento dictado obedece a razones diversas a la comprobación probatoria de los hechos, tales como la aplicación de una salida alterna como la conciliación o la suspensión condicional del procedimiento. Ello no impediría a la Administración continuar con la sustanciación del expediente administrativo sancionador, pues tales mecanismos –conforme al principio de oportunidad que los inspira– no suponen una decisión de fondo sobre el material fáctico del proceso.
- e) Si los hechos han sido comprobados en el proceso penal, y han dado lugar a la condena, ya no tendría sentido el expediente administrativo sancionador, debido a la prevalencia de la sanción penal por sobre la administrativa. Adicionalmente, los fines disuasivos que ambos ordenamientos persiguen, pueden considerarse satisfechos desde la óptica de la proporcionalidad.

De las anteriores opciones aplicativas, se advierte que no son las sentencias condenatorias penales las que reportan mayor dificultad en cuanto a su relación con la apertura o tramitación del expediente administrativo; sino las decisiones absolutorias sean definitivas o anticipadas como el sobreseimiento. En particular, cuando no se constata con suficiencia que el hecho pudo haber existido y los elementos de prueba recabados se muestran insuficientes en cuanto a su determinación. En tales casos se afirma, no resulta impedida la Administración de continuar el procedimiento sancionador.

A esta solución se le oponen una variedad de reparos. Entre ellos, que resulta una incongruencia con todos los principios contentivos del debido proceso y de la función jurisdiccional; pues entonces, el procedimiento administrativo sancionador –que es el que continuará con la investigación– pudiera resultar más eficaz, lo cual es un dato que no concuerda con la realidad<sup>506</sup>. Pero advertimos, que en tal caso, no se está volviendo a juzgar un delito, sino una infracción administrativa para la cual si tiene competencia la Administración, y sobre la cual no se ha pronunciado la autoridad judicial, ni podrá pronunciarse porque no es su competencia. En términos sencillos, el procedimiento administrativo, respetará los hechos probados en relación a un delito, más no en lo que concierne a la infracción administrativa.

### **15.3. La continuación del procedimiento sancionador pese a existir procedimiento penal en curso. La técnica del descuento de la sanción administrativa en la determinación judicial de la pena o la nulidad del acto administrativo sancionador**

La regla de preferencia de la jurisdicción penal, ha sido cuestionada jurisprudencial y doctrinariamente, en la medida que si bien supone que la Administración no puede irrogar una sanción a un sujeto ya sancionado penalmente cuando existe

506. NIETO, *Derecho Administrativo Sancionador*, citado, 499.

la triple identidad; tampoco, la jurisdicción penal debería reprimir una conducta sancionada administrativamente con anterioridad.

La anterior argumentación, vuelve a soslayar la conveniencia de mantener un *criterio cronológico* en cuanto al orden de prioridad de las sanciones de forma independiente a su naturaleza, como una de las mejores reglas técnicas que salvaguarden el *ne bis in idem*. Y bajo esta inspiración, se resolvió en la STC 177/99, cuando expresó que el ámbito de aplicación del *ne bis in idem*, no sufre alteraciones ni limitaciones en función de cuál sea el poder público que ostente la prevalencia a la hora de sancionar por primera vez una conducta antijurídica. De ahí que resulte un dato irrelevante el órgano que primeramente impuso la sanción; pues castigada una conducta, la misma ya no puede volver a reprimirse por parte de otro poder público y mediante la incoación de otro procedimiento, siempre que exista la referida triple identidad<sup>507</sup>.

No obstante ello, el criterio cronológico debe ser matizado, en virtud de la regla de preferencia del orden penal por sobre la actividad administrativa sancionadora –en lo relativo a la exclusiva competencia del primero para conocer de los delitos– e implica entonces el desplazamiento del primer criterio señalado, para optar por otro que se relaciona con la gravedad de la infracción y la naturaleza del procedimiento penal, lo que determina que la Autoridad administrativa suspenda el respectivo procedimiento y espere a conocer los resultados del mismo para continuar o no. Es así que, detrás de la postulación del criterio de preferencia y gravedad, subsisten válidas razones de dotar de eficacia a la justicia penal, en la medida que la imposición de una sanción administrativa, en ningún momento puede constituirse en un obstáculo para el castigo efectivo de un delito. A lo que adicionalmente, podemos agregar el indeseable efecto preventivo-general, que consiste en incentivar el fraude de ley en algunos infractores, que buscarían evadir la justicia penal mediante el cumplimiento de la sanción administrativa.

Conforme lo anterior, aparece la pregunta de cuál debe ser el tratamiento normativo, que debe recibir el pronunciamiento administrativo que irrespete esa regla de preferencia; el cual en muchos casos –por no decir de forma acelerada– se resuelve antes que la sentencia penal.

En primer lugar, descartemos que pueda ser nula la decisión jurisdiccional penal, pues está conociendo de delitos lo cual está dentro de su competencia jurisdiccional, aún y cuando sea *a posteriori* del procedimiento administrativo sancionador. Adicionalmente debe ser rechazado este planteamiento, por las razones ya citadas de corte preventivo-general y de eficacia que presiden la justicia penal, en la

507. STC de 11/X/1999 –ref.177/1999–. «...irrogada una sanción, sea ésta de índole penal o administrativa, no cabe, sin vulnerar el mencionado derecho fundamental, superponer o adicionar otra distinta, siempre que concurran las tan repetidas identidades de sujeto, hechos y fundamento. Es este núcleo esencial el que ha de ser respetado en el ámbito de la potestad punitiva genéricamente considerada, para evitar que una única conducta infractora reciba un doble reproche afflictivo».

medida que el criterio cronológico permitiría a muchos infractores pagar una multa administrativa antes que verse en prisión<sup>508</sup>. Pero de acuerdo a tal razonamiento, tampoco se muestra conveniente que sea el órgano jurisdiccional el que anule la primera sanción administrativa dictada, ya que tampoco se encuentra dentro de su competencia el poder anular actos administrativos. A menos que se explore la vía interpretativa de entender que tales sanciones suponen una violación a ciertas garantías de carácter netamente constitucional.

Ante tal disyuntiva, en el derecho comparado –particularmente el español– se ha venido utilizando la técnica del descuento en materia sancionatoria penal y administrativa, lo que significa que el tribunal penal deberá descontar el monto de la sanción administrativa primeramente impuesta –como acontece con la multa– en la determinación judicial de la pena, como una forma de evitar una efectiva duplicidad sancionatoria. Ello se sostuvo en la importante decisión del TC 152/2001 cuando se afirmó:

«...[l]a Sala admite en la sentencia que se ha producido una doble sanción de igual naturaleza por los mismos hechos, si bien al estimar la prevalencia erga omnes de la jurisdicción penal, a pesar de la constancia de la sanción administrativa anterior, atemperando la pena a imponer. Hay una vulneración al *ne bis in idem*, pero esa se resuelve simplemente teniéndola en cuenta a la hora de imponer la pena, rebajando la impuesta en la primera instancia, con lo que, se hacen cumplir al demandante de amparo dos sanciones de igual naturaleza por los mismos hechos».

Pero quizás, el precedente más significativo en este punto sea la 2/2003, en la que un tribunal penal abonó la multa impuesta en sede administrativa a la sanción penal impuesta en un delito contra la seguridad vial, cuya identidad con la infracción gubernativa era más que evidente:

«El órgano judicial penal tomó en consideración la sanción administrativa impuesta para su descuento de la pena en fase de ejecución de la sentencia penal, tanto en lo referido al tiempo de duración de la privación del carné de conducir como en lo que atañe a la cuantía de la multa, e intentó impedir cualquier otro efecto de la resolución administrativa sancionadora poniendo en conocimiento de la administración la resolución penal. De modo que no puede sostenerse que materialmente el recurrente haya sufrido exceso punitivo alguno.

No obstante, no puede dejar de reconocerse que los órganos penales, al enjuiciar el caso, se encontraban en una situación paradójica, pues, aunque no podían

508. En tal sentido se pronuncia DE VICENTE MARTÍNEZ, *Teoría y práctica o el Dr. Jekyll y Mr. Hyde (a propósito de la Sentencia del Tribunal Constitucional 177/1989, de 11 de octubre, sobre el principio ne bis in idem)*, 473 y ss.

dejar de condenar penalmente al recurrente, dado su sometimiento estricto a la ley en el ejercicio de su función jurisdiccional, tampoco podían dejar de ser conscientes de que la sanción penal por ellos impuesta al mismo podría dejar de ser conscientes de que la sanción penal podía suponer una reiteración sancionadora constitucionalmente prohibida. El hecho de que la legislación no prevea expresamente solución para los casos en los que la Administración no suspenda el expediente administrativo, estando un procedimiento penal abierto, puede explicar su actuación. Sólo al legislador corresponde establecer los mecanismos normativos de articulación del ejercicio de la potestad punitiva por la Administración y por la jurisdicción penal para evitar la reiteración sancionadora y contemplar las consecuencias que deriven de su incumplimiento».

Vale señalar, que nos encontramos en presencia de situación excepcional –por no caracterizarla como anómala– en la que el uso de la técnica del descuento, elimina la efectiva imposición de una doble sanción, aun cuando los dos órganos la hayan declarado. Un recurso que podríamos considerarlo por el momento aceptable, de cara al irrestricto respeto al principio constitucional *ne bis in idem*. Y al cual puede ser utilizado mientras el legislador no resuelva expresamente el problema.

Volviendo a nuestro entorno, tal regla podría tener mucha utilidad tanto en el ámbito de los procesos penales como de los mismos contenciosos-administrativos aún y cuando no tenga soporte legal por el momento, siendo su fundamento aplicativo de corte constitucional, esto es del reconocimiento efectivo del *ne bis in idem* como un derecho fundamental.

En efecto, si la Administración ha sancionado primeramente con la imposición de una multa o una inhabilitación para el ejercicio de un determina profesión, el Tribunal penal que conoce posteriormente de la misma conducta, puede en su decisión absorber el contenido de la multa o la inhabilitación impuesta dentro de la sanción. Ello acontece por ejemplo, en el delito de infracción de reglas de seguridad, que comprende además de la sanción la imposición de una multa de treinta a cincuenta días multa; o en el caso, de la denegación de asistencia sanitaria, cuya sanción implica multa e inhabilitación.

También, es posible la aplicación de la técnica del descuento en el ámbito de la conducción temeraria; pues aquí, el Juez penal puede imponer la pena de inhabilitación especial en relación al derecho de conducir vehículos por igual tiempo (147 párrafo primero CP).

Lo que sí vuelve impracticable, en muchos casos, la técnica del descuento, es sencillamente que tal absorción no resulta posible ante la diferente naturaleza que tiene la multa administrativa con la pena privativa de libertad –sanciones de naturaleza heterogénea –. No existiendo una solución plausible en tales casos para efectuar la conversión.

Descartando entonces, la salomónica regla del descuento, las otras opciones resolutorias pasan por declarar nula o ineficaz la primera sanción administrativa por parte de los jueces penales<sup>509</sup>. Pero tal facultad, debería al menos tener un anclaje de una norma administrativa que obligue al ente gubernativo a no iniciar o paralizar el procedimiento surgido en su seno, lo que no sucede en El Salvador. A no ser que se entienda, que tal nulidad deviene por inobservancia de un derecho fundamental como es la prohibición constitucional de una doble sanción o de un procedimiento sancionador.

De todas maneras, aún lo sugere que resulta la tesis de una nulidad por inobservancia de un derecho o garantía constitucional, lo más adecuado pasaría por efectuar una reforma legislativa. Se trataría entonces de una propuesta de *lege ferenda*<sup>510</sup>.

## **XVI. La cuestión de la duplicidad de sanciones penales y administrativas por el mismo hecho en El Salvador**

La postura jurisprudencial dominante en materia de sanciones impuesta bajo finalidades de heterotutela o gubernativas, cuando entran en concurrencia con las sanciones penales, entiende su imposición persigue finalidades enteramente distintas. Ello se sostuvo en el expediente 87-T-2003 conocido por la SCA, donde el Ministerio de Medio Ambiente impuso una multa por la comercialización ilegal de sustancias químicas prohibidas –TDI y POLIOL– pero, también, las personas naturales que efectuaron tal conducta fueron sancionadas por el Tribunal Tercero de Sentencia de San Salvador.

La SCA utilizando nuevamente el razonamiento de ser motivos de persecución distintos –el ámbito penal protege la salud pública y el administrativo realizar una conducta sin permiso requerido– estimó la no existencia del *ne bis in idem*.

Sin embargo, no deja de suscitar dudas, que algunos tipos penales –como los que se refieren al medio ambiente, seguridad laboral o tráfico vial– tengan una semejanza tal en su núcleo esencial con las infracciones administrativas sectoriales, que en realidad, terminen protegiendo lo mismo. Al efecto, no es aventurado concluir, que el poder sancionatorio que utiliza la Administración en la salvaguarda de los intereses generales coincida con el deber de protección de bienes jurídicos que

509. ALARCÓN SOTOMAYOR, sostiene que el procedimiento administrativo que no resulta suspendido, pese a tener conocimiento de la puesta en marcha en un proceso penal, deviene en una nulidad absoluta por violación a un derecho fundamental cual es el *ne bis in idem* –La garantía non bis in idem, citado, 137–. Y ello, con independencia de que se condene penalmente o no. Igualmente opina DE VICENTE MARTÍNEZ, quien estipula que tal nulidad, deviene por conocer la Administración de un hecho que es delito, conocimiento que está fuera de su competencia normativa; aparte de que el hecho de que ella conozca de los delitos, le resta eficacia a los tipos penales –Teoría y práctica o el Dr. Jekyll y Mr. Hyde, citado, 483–. Otros autores, como NIETO, sostienen que en este caso, la resolución administrativa deviene en ineficaz, pues no podrá surtir efecto alguno –Derecho Administrativo sancionador, citado, 495–.

510. CANO CAMPOS, *Non bis in idem*, citado, 237.

tiene el Derecho Penal, y esto acontece particularmente con los bienes jurídicos de carácter *supra* individual. Ello amerita la construcción de una solución distinta.

Retomando lo expuesto en líneas atrás, el *ne bis in idem* puede considerarse tanto como un derecho fundamental cuyo fundamento se enmarca en la seguridad jurídica como en el ámbito de la proporcionalidad de la sanción. Pero también, como un principio con una clara incidencia en el ámbito de la interpretación, ya que obliga a la necesaria calificación de una conducta bajo una sola infracción punitiva; siendo el punto de partida cuando el bien o interés jurídico protegido es homogéneo o idéntico en ambas infracciones. De ahí que, como se ha reiterado en diferentes oportunidades, es cuando se trate de bienes o intereses jurídicos distintos es que podemos desmarcarnos de su cobertura de protección.

La base de esta solución, es que cabe reconocer que entre el ilícito penal y el administrativo, estamos ante una diferencia eminentemente cuantitativa. Por ende, en aquellos casos en que aparezca regulado un mismo comportamiento tanto en uno como en otro sector del ordenamiento jurídico, si ambos comparten un mismo núcleo esencial –es decir, una misma forma de ataque a un bien jurídico protegido por ambos ordenamientos– deberá aplicarse la más grave, que desde una perspectiva abstracta resulta ser la penal<sup>511</sup>. Aparte de ello, es esta última, la que regularmente consume el desvalor propio de la infracción administrativa<sup>512</sup>.

Por ello, es que tiene razón Benlloch al afirmar que la conducta penal supone un mayor *plus* de antijuridicidad que la Administrativa, y que ante tal concurso aparente de normas, resulta procedente utilizar la norma de la consunción para solventar tales casos<sup>513</sup>. Planteamiento que en líneas generales se reproduce en la jurisprudencia del TEDH, de donde se deduce que las sanciones administrativas y penales participan de una misma naturaleza.

En otros términos, el mayor contenido de la antijuridicidad de la infracción penal consume a la infracción administrativa, con el consiguiente correlato de no aplicación de la sanción administrativa cuando el desvalor del hecho resulta suficientemente castigado con la pena a imponer, lo cual repercute en su proporcionalidad.

511. Por ello, me adhiero a lo sostenido por PÉREZ MANZANO, cuando señala que la intervención penal del Estado es más grave si se tiene en cuenta el tipo de sanciones que impone y los efectos jurídicos y sociales que éstas acarrearán. En tal sentido, la privación de libertad, resulta ser siempre más grave que la imposición de una multa, en un sentido abstracto y objetivo. Adicional a ello, de acuerdo al principio de mínima intervención, se advertirá que la mayor gravedad de las sanciones penales procede de que ellas contienen los elementos de la infracción administrativa y a las que se añade un desvalor específico, *La prohibición constitucional*, citado, 61 y 62.

512. Así lo ha sostenido también SUAY RINCÓN, cuando señala: «el dato que interesa resaltar es la íntima conexión que se desprende del alcance del *non bis in idem* entre las sanciones administrativas y las penales, la identidad sustancial existente entre ambas figuras. En efecto, si éstas no respondiesen a idénticas finalidades, si no fueran en esencia “la misma cosa”, muy difícilmente podría comprenderse la razón por la que no pueden imponerse las dos a la vez y por qué resulta aplicable el *non bis in idem* a este supuesto, que viene así a recibir el mismo tratamiento que el que para el ordenamiento jurídico merece la imposición de dos sanciones administrativas o penales. De nuevo se deduce de la Constitución una lectura unitaria del fenómeno sancionador”. Al respecto, véase: *Sanciones Administrativas*, 180-181.

513. BENLLOCH, *El principio de non bis in idem*, citado, 369.



Esta explicación, tiene una contrapartida procesal cuyo fundamento radica en el ya visto principio de primacía jurisdiccional por sobre la Administración, lo que se traduce en la suspensión del trámite sancionador hasta concluidas las resultas del juicio, así como en la intangibilidad de la valoración judicial de los hechos probados en el proceso penal.

## XVII. La concurrencia sancionatoria entre normas penales y disciplinarias

Como se ha desarrollado en las páginas anteriores, existe un indiscutible consenso doctrinario y jurisprudencial, de afirmar la imposibilidad de establecer otra sanción por el mismo hecho, cuando se compruebe que existe la triple identidad de sujeto, hecho y fundamento. Sin embargo, se ha admitido que tal duplicidad es admisible cuando se traten de hechos diversos, distintos fundamentos de castigo, y en particular, cuando exista una relación de supremacía especial de la Administración con una determinada persona.

Esta última excepción, nos lleva a cuestionar si verdad existe un diverso motivo de imputación cuando, cuando existe concurrencia entre normas idénticas contempladas en el Derecho Penal y en el Derecho Disciplinario.

De inicio, conviene citar de inicio la postura dominante, la cual se expuso en la STC 234/1991. En ella, si bien se afirmó que en la parcela del Derecho Disciplinario cabe el irrestricto respeto del *ne bis in idem*, admitió sin reservas la posibilidad que pudiera existir una duplicidad sancionatoria, partiendo del distinto fundamento que tiene cada sanción.

En esencia, se sostiene para respaldar lo anterior, que la distinción entre la sanción disciplinaria y la penal, es el componente esencialmente ético que tiene la primera y de forma correlativa, la salvaguarda del prestigio y dignidad de la corporación pública puesto en juego<sup>514</sup>. A tales razones, se adosan otras que se relacionan con la protección del funcionamiento eficaz de los servicios públicos así como de los intereses generales<sup>515</sup>.

En idéntico sentido, se ha pronunciado nuestra SCA, en la sentencia de 8/II/2007 –ref. 318-M-2004– en relación con las destituciones realizadas en la PNC a oficiales y agentes que han sido procesados primeramente por la jurisdicción penal. Así se sostuvo en tal decisión:

«...[e]sta Sala ha expuesto ya, la manera de cómo la potestad sancionadora de la Administración se concreta frente a los administrados. En general, la potestad sancionadora tiene una doble manifestación, externa e interna. Externamente, la Administración está facultada

514. TRAYTER JIMÉNEZ, *Sanción penal-sanción administrativa*, citado, 120.

515. MESEGUER YEBRA, *El principio "non bis in idem"*, citado, 20.

para aplicar un régimen de sanciones a los particulares que infrinjan el ordenamiento jurídico. Al interior de los órganos administrativos, estos detentan en términos generales de una potestad disciplinaria sobre los agentes que se hallan integrados en su organización, en virtud de la cual pueden aplicarles sanciones de diversas índole ante el incumplimiento de los deberes y obligaciones que el cargo les impone, con el propósito de conservar la disciplina interna y garantizar el regular ejercicio de las funciones públicas. Tales sanciones buscan entonces mantener la disciplina interna de la organización, para lo cual se ha dotado a la Administración, de un poder disciplinario correlativo en virtud del cual puede imponer a sus agentes sanciones atinentes normalmente al régimen funcionarial al que pertenecen».

Y es dentro de esta misma lógica, se inscriben algunas disposiciones recientes en materia disciplinaria, como es el caso del art. 23 de la Ley Orgánica Policial que estipula: «... [l]as resoluciones administrativas que en virtud de la presente ley se pronuncien, no afectan ni modifican los procedimientos jurisdiccionales cuando la falta sea constitutiva de delito; igualmente no serán vinculantes con las resoluciones judiciales respecto del procedimiento administrativo».

En suma, cuando exista una relación especial entre administración y sancionado, de la que deriven ciertos deberes relativos al respeto de las normas internas de la corporación estatal –que pueden ser aceptadas de forma contractual o comercial y aún impositiva como en el caso de los privados de libertad–, no existirá violación al *ne bis in idem* por tener las normas penales y las normas disciplinarias finalidad distinta: en las primeras, la protección de bienes jurídicos de la colectividad en general; y en las segundas, un reproche netamente ético por el comportamiento irregular que muestra.

La génesis de esta distinción, responde evidentemente a razones de clara raigambre histórica, así Stratenwerth nos recuerda que en las concepciones derivadas del Derecho público del siglo XIX, el servidor público no sólo era destinatario de deberes especiales, sino que también quedaba obligado a mantener en toda la conducción de su vida la dignidad de su estado funcionarial.

En consecuencia, el derecho disciplinario no se refería al ordenamiento jurídico externo, sino a la «integridad y merecimiento de confianza» de la persona. Conforme a tal premisa, la realización de una conducta contraria a las normas disciplinarias tenía un significado meramente «sintomático» que podía dar lugar a la imposición de medidas disciplinarias junto a la pena. Lo que, al menos en la actualidad, se ha flexibilizado en la medida que los deberes del servidor público deben referirse exclusivamente a la realización adecuada y jurídicamente inobjetable de las funciones de su cargo, mientras que su comportamiento fuera del servicio, sólo interesa en la medida que afecte al respeto y a la confianza que requiera el ejercicio de la función pública<sup>516</sup>.

516. Al respecto, *Derecho Penal, parte general I*, 59 y ss.

Empero, resulta ineludible hacer referencia a ciertos sectores doctrinales que ponen en duda la citada divergencia en cuanto a los fundamentos de ambos cuerpos jurídicos.

En primer lugar, Muñoz Quiroga, sostiene que el reconocimiento de carácter general entre ambas disciplinas jurídicas –lo que posibilita la coexistencia de la potestad sancionadora tanto de los tribunales como de la Administración– abre la posibilidad de que subsistan relaciones jurídicas en las que no son exigibles los postulados del Estado de Derecho, aparte de que su aceptación acrítica dentro de la jurisprudencia en general, tiene que revisarse profundamente desde la promulgación y puesta en vigencia del texto constitucional.

Aparte de ello, lo que se entiende por una relación de supremacía especial, es una materia que todavía está claramente determinada; y por ello, no existe por el momento una clasificación válida que nos permita afirmar si estamos en presencia de tal tipo de relaciones o no. Se trata de un campo que, en caso de dudas, debiera operar el principio *favor libertatis* con relación al administrado.

Por último, el citado profesor español, se muestra renuente a concebir tal duplicidad sancionadora, cuando la Administración pública tiene toda la vía libre para apersonar al proceso penal y demostrar el perjuicio causado a los intereses públicos, situación que obviamente influiría en la graduación de la pena.

Por su parte, Octavio De Toledo y Ubieto, considera dudosa la igualdad substancial entre los delitos de funcionarios e infracciones disciplinarias de funcionarios. Ya que lo relevante en ambos casos, es que los deberes que subyacen como contenido de los referidos ilícitos, existen en función de la protección de bienes jurídicamente relevantes; esto es, que el incumplimiento de los deberes derivados del ejercicio del cargo permiten atacar un mismo bien jurídico: el servicio de la Administración a la sociedad y la organización de la Administración finalísticamente dirigida a ese servicio<sup>517</sup>.

Desde esta línea, puede afirmarse que existen ciertos delitos dentro del Código Penal –delitos que se relacionan con servidores públicos– en los que existe una identidad total o parcial con comportamientos regulados en el Derecho disciplinario. Y particularmente, tal convergencia radica en lo relativo a la autoría, a la que únicamente puede optar, quien tiene la calidad especial –funcionario o empleado público–. Es correcto afirmar entonces, que nos encontramos en presencia de delitos especiales, en los que, la calidad específica de funcionario o empleado público es un elemento esencial de la tipicidad, no pudiendo ser cometidos por aquellos que no la poseen –*extraneus*–.

517. OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, *La prevaricación del funcionario público*, 244.

Conforme a esta intelección, si la cualidad exigida por el tipo en cuanto al sujeto activo –funcionario, servidor público o agente de autoridad– es también requerida para la comprobación de la infracción disciplinaria, deberá consumirse esta última en la primera. Y ello es, porque la infracción más grave ya la comprende. Nótese al respecto, que a esta última se le añaden un plus más de requisitos, lo que justifica una respuesta sancionatoria de mayor calibre que la disciplinaria.

Esta propuesta interpretativa, es la que permitiría volver operativa la prohibición de *bis in idem* en este sector de las relaciones especiales o de supremacía especial de la Administración<sup>518</sup>.

Aun más, avanzando en esta nueva óptica de entendimiento entre el Derecho Penal y el Derecho Disciplinario, si el juzgador advierte que al efectuar una comparación analítica entre las normas concurrentes en el caso de ambas disciplinas en relación a un mismo tópico –v.gr. el bien o interés jurídico concreto afectado es el mismo–, resulta procedente aplicar las reglas del concurso de infracciones anteriormente citadas, so pena de inobservar el principio constitucional que impide la doble sanción.

Por ello es que debe tenerse en cuenta, a efectos de una posible reforma legislativa al Código Penal, que únicamente cabe seguir un procedimiento disciplinario cuando los hechos a enjuiciar puedan ser constitutivos de una falta del servicio, pero sin que implique que tal conducta sea un tipo penal. Se trataría de una regla que pretende salvaguardar la preeminencia de los tribunales para conocer exclusivamente de los delitos cometidos por un funcionario.

En síntesis, debe entenderse que en materia de las relaciones entre Derecho Penal y Derecho Disciplinario, es aplicable el principio constitucional *ne bis in idem*, en la medida que tales convergencias sancionatorias, deben ser resueltas conforme la aplicación de las reglas generales del concurso de leyes y de delitos como anteriormente han sido señaladas. Particularmente, conforme la regla interpretativa de la consunción. Si bien fundamento de tal postura, bien podría explicarse desde el ámbito de la seguridad jurídica que se traduce en la tipicidad; quizás responda en un mayor grado a salvaguardar la proporcionalidad de la respuesta sancionatoria, lo que nos llevaría a prescindir o limitar el segundo castigo cuando no resulte necesario.

Así, la única excepción salvable aparece cuando existan determinados aspectos un hecho que carezcan de significación para el Derecho Penal, pero sean relevantes para el Derecho Administrativo Sancionador<sup>519</sup>. En tales casos, la vía de aplicación del Derecho Disciplinario no tiene impedimento alguno en su ejercicio. Así por ejemplo: un empleado es procesado penalmente por la sustracción de objetos

518. GARBERÍ/LLOBREGAT, afirman que cuando la infracción penal ya contempla la condición de funcionario público como exigencia típica relativa al autor, entonces, el principio *ne bis in idem* despliega sus efectos haciendo incompatibles ambos tipos de sanciones, *El procedimiento administrativo sancionador*, citado, 197.

519. QUINTERO OLIVARES, *La autotutela*, citado, 281.

de una institución gubernamental –peculado, art. 325 CP–, pero es sobreesido al haberse determinado su no participación en el hecho. Sin embargo, la Administración considera conveniente instruirle un expediente en razón de haberse comprobado en varias ocasiones negligencia en el cuidado de los bienes encomendados, lo que pone en serio riesgo el activo fijo de la institución. En tales casos, la apertura de un procedimiento disciplinario estará más que justificada<sup>520</sup>.

## XVIII. Conclusiones

1. La Administración en El Salvador, como en diferentes países de nuestro entorno, cuenta un exorbitante poder sancionador que compite tanto en cantidad como en gravedad al que ostenta la jurisdicción penal. Su legitimación pudiera tener diversas razones como pueden ser históricas, otras como la funcionalidad y celeridad en orden a sancionar con eficacia el orden contravencional público, evitando así saturar la justicia penal con el conocimiento de infracciones de bagatela; y hasta políticas, conforme a que se trata de una potestad inherente al Órgano Ejecutivo, el cual ha sido elegido democráticamente y quien pueden también crear mandatos y prohibiciones de carácter general. En la actualidad, tal poder sancionador de la Administración se encuentra en un proceso de expansión al igual que acontece con el Derecho Penal; y no está demás comprobar, en que cada nueva ley administrativa sectorial, cuenta con un capítulo destinado a describir un catálogo de infracciones de diversa gravedad, al que se le adosa una variedad de sanciones como multas, suspensiones, destitución, etc.; en suma, nos encontramos en presencia de la denominada *hipertrofia del Derecho Administrativo Sancionador*.
2. Esta potestad sancionadora de la Administración, se bifurca en dos ámbitos, una hacia dentro de la misma –denominada de autoprotección o autotutela– y otras hacia afuera en la que procura defender los intereses generales –denominada de heterotutela o gubernativa–. En la primera tiene desarrollo el ámbito disciplinario, y se ha explicado conforme la noción de las relaciones de supremacía especial entre la Administración y un ciudadano; y la segunda, en el ámbito de la gestión y protección de los bienes jurídicos comunitarios, lo que muy a menudo, supone una clara convergencia con las mismas finalidades que persigue la justicia penal.

520. Similar solución plantea JAKOBS. Si las medidas disciplinarias tienen como finalidad mantener el orden en una organización. Únicamente, podrán imponerse de forma conjunta pena criminal y sanción administrativa, si la pena no puede abarcar el daño que realiza a la organización, quedando entonces una parte residual disciplinaria. Desde esta óptica, habría inobservancia del *ne bis in idem* cuando el complejo delictivo pudiera solucionarse solamente con el Derecho Penal. Ejemplo: si un funcionario, en ejercicio de su función, conduce un coche oficial en estado de embriaguez, la condena penal compensará por la puesta en peligro del tráfico en general, pero no tendrá en cuenta una posible importancia especial de la prohibición de poner en peligro para la organización, para quien los vehículos son insustituiblemente necesarios (reparto de correo, etc.). Al respecto, véase su: *Derecho Penal*, Parte General, Edit. Marcial Pons, Madrid, 1997. 74.

3. La solución que se ha brindado a tal expansión, ha sido la de incorporar de forma progresiva tanto los principios como las garantías que rigen al Derecho Penal al Derecho Administrativo Sancionador, pero con los matices y peculiaridades propios de este último. Ello significa, que no siempre y en todos los casos, el trasplante puede ser automático, sino que debe atenderse a la clara naturaleza de los fines y objetos de la regulación administrativa. Al menos, en nuestro país, se han incorporado principios de naturaleza sustantiva y principios de naturaleza procesal. Dentro de los primeros, destacan los principios de legalidad, reserva de ley, irretroactividad, mandato de certeza, tipicidad, culpabilidad y proporcionalidad. En cuanto a los segundos, podemos enumerar el de legalidad procedimental, presunción de inocencia, defensa y motivación de las decisiones administrativas entre los más importantes.
4. Es evidente que al encontramos ante dos poderes sancionadores, uno a cargo de los jueces y otro a cargo de la Administración, se hayan desarrollado diferentes intentos doctrinarios en deslindar la diferencia entre el injusto penal e injusto administrativo. Y van desde las tesis propuestas por Goldschmidt como por Schmidt de entender que las últimas mencionadas se tratarían de infracciones neutras en comparación a las penales, hasta quienes consideran que las únicas diferencias son de carácter meramente cuantitativo entre ambas. Postura que es en la actualidad podría considerarse mayoritaria, junto con la que considera que la diferencia entre ambas radica en el órgano que las impone. De todas maneras, la ofensividad como categoría inherente a cualquier clase de ilícito, también debería predicarse en relación a las infracciones administrativas –al menos, esto debería acontecer desde una perspectiva de *lege ferenda*–.
5. De forma incesante, ambos tipos de injustos –penales y administrativos– van reproduciéndose en los ordenamientos jurídicos, ocasionando diferentes problemas de compatibilidad y coordinación entre los sectores penales y administrativos, pues en muchas ocasiones se regula una misma conducta o situación por ambos. Lo cual permite igualmente aperturar dos procedimientos sancionatorios que pueden ser simultáneos o sucesivos, con la consiguiente posibilidad de una duplicidad sancionatoria, que repercuta en demasía con relación a los derechos fundamentales del ciudadano. Esta malograda práctica, supone una flagrante violación al art. 11 de la Constitución que establece el principio *ne bis in idem*, el cual impide no ser sancionado de forma múltiple por los mismos hechos, ni tampoco a ser sometido a un doble procedimiento.
6. El *ne bis in idem* de acuerdo a nuestra Sala de lo Constitucional, es un derecho fundamental susceptible de defensa aún y cuando no exista un desarrollo legal que lo viabilice. Pero también, debe entenderse como un principio interpretativo y de límite en el ámbito sancionatorio, cuyo fundamento tiene como base el principio de legalidad como el principio de proporcionalidad. En la medida que impone que por una conducta tipificada como infracción, sea sancionada

solamente una vez cuando concurra la triple coincidencia entre sujeto, objeto y fundamento de castigo; y se aperture un único procedimiento sancionatorio al efecto. La aplicabilidad del mismo en materia sancionatoria en general, se centra particularmente en el ámbito de las relaciones entre el Derecho Penal y el Derecho Administrativo Sancionador cuando en tales ámbitos, existen conductas doblemente tipificadas. Lo cual para muchos doctrinarios, pone de manifiesto una descoordinación absoluta en el sistema jurídico, que al menos pudiera ser satisfactoriamente solventada con la utilización del principio constitucional en estudio.

7. El *ne bis in idem* se desarrolla en una vertiente sustantiva y una procedimental. La primera, impide la imposición de una nueva sanción sea en el orden normativo sancionatorio que sea cuando haya sido aplicada la primera. De ahí que, el estricto respeto al principio *ne bis in idem* en su vertiente sustantiva impone:
  - a) Prohibición del doble castigo sean cuales sean los órdenes normativos en juego, cuando se aprecie la identidad de objeto, sujeto y fundamento. En caso que no exista de forma total la triple identidad –por ser diferente el objeto, los sujetos y el fundamento– no existirá impedimento alguno para la duplicidad sancionatoria. Esto acontece por ejemplo, en el caso del concurso real, ideal o continuado de infracciones, que debe entenderse como una materia independiente al *ne bis in idem*.
  - b) En el caso que se aprecie tal identidad tanto en los hechos o fundamentos, es procedente utilizar las técnicas de interpretación conocidas como el concurso aparente de normas o leyes, estos es los principios de especialidad, subsidiariedad y consunción. En otras palabras, ante la concurrencia de diferentes normas sancionatorias que puedan resultar aplicables, deberá elegirse una conforme los criterios establecidos en el art. 7 CP, el cual puede ser integrando sin problema alguno en el ámbito del Derecho Administrativo sancionador.
  - c) Cuando el conflicto verse entre una norma penal y una norma administrativa sancionadora, prevalecerá la penal cuando ella consuma todo el disvalor de la infracción administrativa; aparte que también la gravedad abstracta del ordenamiento penal, determina su prevalencia por sobre el ordenamiento administrativo. Esto es válido tanto para las infracciones gubernativas, y aún, siguiendo una tesis sumamente minoritaria, hasta en las de naturaleza disciplinaria. Esta regla plantea claras repercusiones en la vertiente procedimental del *ne bis in idem*.
8. La segunda vertiente, impide la apertura de un nuevo procedimiento o la continuación de uno de naturaleza sancionatoria –penal o administrativo– cuando el hecho ya ha sido juzgado. De igual forma, impide la tramitación de

procesos penales o administrativos simultáneos cuando exista la triple identidad aludida. Al respecto, debe tenerse en cuenta, que la vertiente procedimental del *ne bis in idem* no es más que instrumental de la material, la cual es en realidad verdaderamente lo que se intenta prohibir; y cuya autonomía o diferenciación, radica en el doble riesgo que exista al ciudadano de verse perseguido sucesivamente por el mismo hecho. A esto responde la esencia histórica del principio en estudio. En tal intelección, el estricto principio *ne bis in idem* en su vertiente procedimental, impone la aplicación de ciertas reglas de garantía, que son las siguientes:

- a) La prevalencia de la autoridad jurisdiccional penal, por sobre la tramitación del expediente administrativo sancionador, lo cual supone la paralización o la suspensión de éste mientras no exista un pronunciamiento definitivo del primero.
  - b) El deber a la Administración de respetar la apreciación de los hechos realizada por la jurisdicción penal, en la medida que ella ha sido producida en un proceso con todas las garantías, aparte del respeto que merece la calidad de cosa juzgada inherente al pronunciamiento de las decisiones penales no sólo en relación a los tribunales de su misma competencia, sino también por parte de cualquier órgano con autoridad sancionadora. Desde tal óptica, la Administración únicamente podrá aperturar y sancionar un expediente en relación a situaciones que no han resultado probadas en el proceso penal o por situaciones totalmente ajenas al análisis delictivo, pero con importancia desde la óptica de la responsabilidad administrativa.
9. La finalidad de ambas reglas es de carácter netamente procedimental, y sirven para resolver los conflictos entre autoridades jurisdiccionales y administrativas. Esto acaece por ejemplo, cuando el pronunciamiento penal es de condena, aquí el *ne bis in idem* despliega toda su eficacia impidiendo la aplicación de la segunda sanción. Pero la utilidad de ambas reglas, trasciende a asegurar que no existan pronunciamientos punitivos contradictorios en cuanto los hechos, lo cual inevitablemente podría acaecer en la tramitación simultánea de dos procedimientos sancionatorios.
10. Actualmente, se ha desarrollado la técnica del descuento como una manera de salvaguardar la afflictividad concreta de la duplicidad sancionatoria, particularmente en los casos que la Administración no suspende el procedimiento sancionador e impone el castigo, existiendo posteriormente un proceso penal que desemboca en una condena. En tal caso, los tribunales penales han descontado el monto de la multa administrativa de la sanción que ellos imponen o el tiempo de la inhabilitación de un permiso de conducir. Se trata de una técnica, que puede funcionar muy bien tratándose de sanciones de naturaleza homogénea –económicas o de privación de derechos– pero que

plantea limitaciones, en sistemas jurídicos penales en los que la sanción penal preponderante es de prisión como acontece en El Salvador.

11. De todas maneras, conviene señalar que aunque resulta deseable la incorporación de todas estas reglas de garantía en relación con el *ne bis in idem* en una futura *Ley Reguladora de la Potestad Sancionadora de la Administración Pública* –cuya irrenunciable necesidad de confección se hace patente cada día en nuestro país– resulta oportuna su introducción vía jurisprudencial, tanto por la Sala de lo Constitucional como por la Sala de lo Contencioso Administrativo; pues la perspectiva del Derecho comparado, demuestra que han sido los tribunales –particularmente los constitucionales– los que han dictado las precisiones y los contornos –aún con las consiguientes vacilaciones– que posteriormente ha seguido la legislación; y ello, lo demuestra el mismo reconocimiento jurisdiccional del principio en estudio, que en muchos casos, se desarrolló como un principio o derecho innominado en algunas constituciones nacionales.

**BIBLIOGRAFÍA**

- ALARCÓN SOTOMAYOR, *La garantía non bis in idem y el procedimiento administrativo sancionador*, Edit. Iustel, Madrid, 2008.
- ALVÁREZ CONDE, *Curso de Derecho Constitucional*, Volumen II, Edit. Tecnos, Madrid, 2005.
- ARROYO ZAPATERO, *El principio de ne bis in idem en el Derecho Penal europeo e internacional*, Ediciones de la Universidad de Castilla, Cuenca, 2008.
- ARROYO ZAPATERO, «Principio de legalidad y reserva de ley en materia penal», *REDC*, N°8, Madrid, 1983.
- ARROYO ZAPATERO, «El ne bis in idem en las infracciones al orden social, la prevención de riesgos laborales y los delitos contra los derechos de los trabajadores y la seguridad social», en: A.A.V.V., *Las fronteras del Código Penal de 1995 y el Derecho Administrativo Sancionador*, CDJ/CGPJ, 1997.
- AYALA y otros, *Manual de Justicia Administrativa*, CNJ, San Salvador, 2003.
- BAJO FERNÁNDEZ, *Derecho Penal Económico aplicado a la actividad empresarial*, Edit. Civitas, Madrid, 1978.
- BALAGUER CALLEJÓN y otros, *Derecho Constitucional*, Tomo II, Edit. Tecnos, Madrid, 2004.
- BENLLOCH PETIT, «El principio *non bis in idem* en las relaciones entre el Derecho Penal y el Derecho Disciplinario», *PJ, CGPJ*, N° 51.
- BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE y OTROS, *Lecciones de Derecho Penal*, 2º edición, Edit La Ley, Madrid, 1997.
- BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE y OTROS, *Manual de Derecho Penitenciario*, Edit. Colex, Madrid, 2001.
- BERTELOTTI, «El principio *ne bis in idem*: un análisis desde una perspectiva histórico-comparada». En: A.A.V.V., *Las garantías penales y procesales: enfoque histórico-comparado*, Edit. Del Puerto, Buenos Aires, 2004.
- BINDER, *Introducción al Derecho Procesal Penal*, Edit. Ad hoc, Buenos Aires, 2000.



- BUSTOS RAMÍREZ/HORMAZABAL MALAREÉ, «Principio de legalidad y ne bis in idem». En: A.A.V.V., *Estudios penales en homenaje al profesor Cobo del Rosal*, Edit. Dykinson, Madrid, 2005.
- CANO CAMPOS, «*Non bis in idem*, prevalencia de la vía penal y teoría de los concursos en el Derecho Administrativo Sancionador», *RAP*, N° 56, septiembre-diciembre, Madrid, 2001.
- CARBONELL MATEU, «Reflexiones sobre el Derecho Penal y la banalización de la legalidad», en: A.A.V.V., *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos in memoriam*, Ediciones de la Universidad Castilla, La Mancha, Salamanca-Cuenca, 2001.
- CARRETERO SÁNCHEZ, «Acercamiento jurisprudencial a los principios informadores del Derecho Administrativo Sancionador en el ámbito laboral», *PJ*, CGPJ, N° 49, 1998.
- CARRIÓ, *Garantías Constitucionales en el Proceso Penal*, Edit Hammurabi, Buenos Aires, 2000.
- CASTILLO BLANCO/ILDEFONSO HUERTAS, «La renovación dogmática del Derecho disciplinario: A propósito de las infracciones y sanciones en el personal estatutario de la seguridad social», *RAP*, N° 158, 2002.
- CEREZO MIR, «Límites entre el Derecho penal y el Derecho Administrativo», *ADPCP*, Tomo XXVIII, fascículo II, Mayo-Agosto, 1975
- CEREZO MIR, *Curso de Derecho Penal español*, Tomo 1, Introducción, 5° Edición, Edit. Tecnos, Madrid, 2001.
- CID MOLINÉ, «Garantías y sanciones (Argumentos contra la tesis de la identidad de garantías entre las sanciones punitivas)», *RAP*, N° 140, Madrid, 1996.
- COBO/VIVES, *Derecho Penal, parte general*, Edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 1996.
- DE LA MATA BARRANCO, «Subsidiariedad del Derecho Penal en su vinculación con el Derecho administrativo, sí; secundariedad, no», *Revista De Legibus*, N° 3, Universidad Centroamericana “José Simeón Cañas”, San Salvador.
- DE LA MATA BARRANCO, *El principio de proporcionalidad penal*, Edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2007.
- DÍAZ CASTILLO, *Implicaciones constitucionales, penales y procesales derivadas de la criminalización de la conducción temeraria*, Tesis de maestría, UCA, San Salvador, 2008.

- DOMÍNGUEZ VILA, *Constitución y Derecho Administrativo Sancionador*, Edit. Marcial Pons, Madrid, 1997.
- DEL REY GUANTER, *Potestad sancionadora de la Administración y jurisdicción penal en el orden social*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1990.
- DE VICENTE MARTÍNEZ, «Teoría y práctica o el Dr. Jekyll y Mr. Hyde (a propósito de la Sentencia del Tribunal Constitucional 177/1989, de 11 de octubre, sobre el principio *ne bis in idem*)», *AP*, N° 22, 2000.
- FELDMAN, *El Pacto de San José de Costa Rica*, Edit. Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 1997.
- FEUERBACH, *Tratado de Derecho Penal*, Edit. Hammurabi, Buenos Aires, 1989.
- FLEINER, *Instituciones de Derecho Administrativo*, Edit. La Labor, Madrid, 1933.
- GALLEGO ANABITARTE, «Las relaciones especiales de sujeción y el principio de la legalidad de la Administración. Contribución a la teoría del Estado de Derecho», *RAP*, N° 34, 1961.
- GAMERO CASADO, *Derecho Administrativo*, CNJ, San Salvador, 2001.
- GARBERÍ LLOBREGAT/BUITRÓN RAMÍREZ, *El procedimiento administrativo sancionador*, Vol. 1, 4ª edición, Edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2001.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Edit. Civitas, Madrid, 2001.
- GARCÍA DE ENTERRÍA/RAMÓN FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, Tomos 1 y 2, 8ª edición, Edit. Civitas, Madrid, 2002.
- GARCÍA PLANAS, «Consecuencias del principio non bis in idem en el Derecho Penal», *ADPCP*, Tomo XLII, Fas. 1, enero-abril, 1989.
- GARCÍA RIVAS, «El principio de legalidad en el Derecho Penal Económico», *Instituto de Derecho Penal Europeo e Internacional*, Universidad Castilla-La Mancha, 2002.
- GARCÍA TREVIJANO, *Los actos administrativos*, Edit. Civitas, Madrid, 1991.
- GARRIDO FALLA, «Los medios de policía la teoría de las sanciones administrativas», *RAP*, N° 28, 1959.



GONZÁLEZ PÉREZ, «Independencia de la potestad sancionadora de la jurisdicción penal», *RAP*, N° 47, 1965.

GONZÁLEZ PÉREZ/GONZÁLEZ NAVARRO, *Comentarios a la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común*, Vol. II, Edit. Civitas, Madrid, 1997.

GORRÍZ ROYO, «Sentido y alcance del “ne bis in idem” respecto a la preferencia de la jurisdicción penal, en la jurisprudencia constitucional (en especial la STC 2/2003, de 16 de enero)», *EPC*, N° 24, 2002-2003.

GUTIERREZ CASTRO, *Derecho Constitucional salvadoreño*, catálogo de jurisprudencia, CSJ, San Salvador, 1993.

GÚZMÁN, «El neopunitivismo en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: un pronóstico incierto para el ne bis in idem y la cosa juzgada», en: A.A.V.V., *Neopunitivismo y neoinquisición*, Edit. Ad Hoc. Buenos Aires, 2008.

HENDLER, «Una regla que confirma sus excepciones: “ne bis in idem”», en: A.A.V.V., *Las garantías penales y procesales: enfoque histórico-comparado*, Edit. Del Puerto, Buenos Aires, 2004.

HUERTA TOCILDO, «El derecho fundamental a la legalidad penal», *REDC*, N° 39, 1993.

JAÉN VALLEJO, «Principio constitucional “ne bis in idem”: a propósito de la sentencia del pleno del Tribunal Constitucional 2/2003», *AJA*, N° 584, 2003.

JAKOBS, *Derecho Penal*, Parte General, Edit. Marcial Pons, Madrid, 1997.

JALVO, «Non bis in idem e irreprochabilidad penal de los funcionarios de policía», *RAP*, N° 155, 2001.

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

LEÓN VILLALBA, *Acumulación de sanciones penales y administrativas*, Edit. Bosch, Barcelona, 1998.

LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, *El principio non bis in idem*, Edit. Dykinson, Madrid, 2004.

LÓPEZ GUERRA y otros, *Derecho Constitucional*, Volumen II, Edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.

LÓPEZ RAMÓN, «Límites constitucionales de la autotutela administrativa», *RAP*, N° 115, 1988.

LOZANO, «La responsabilidad de la persona jurídica en el ámbito sancionador administrativo», *RAP*, N° 129, 1992.

MANZINI, *Tratado de Derecho Procesal Penal*, Tomo IV, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1996.

MAIER, *Derecho Procesal Penal argentino*, Tomo 1, Vol. b), Fundamentos, 1° edición, Edit. Hammurabi, Buenos Aires, 1989.

MAIER, *Derecho Procesal Penal argentino*, Tomo 1, Fundamentos, 2° Edición, Edit. Del Puerto, Buenos Aires, 2006.

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

MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Derecho Penal Económico, parte general*, Tomo I, Edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 1998.

MARTÍNEZ BUJÁN-PÉREZ, «La inflación del Derecho penal y del Derecho Administrativo», *EPC*, N° 6, 1981-1982.

MESEGUER YEBRA, *El principio non bis in idem en el procedimiento administrativo sancionador*, Edit. Bosch, Barcelona, 2000.

MESTRE DELGADO, «Límites constitucionales de las remisiones normativas en materia penal», *ADPCP*, Tomo XLI, Fas. II, 1988.

MEZGER, *Tratado de Derecho Penal*, Tomo I, Edit. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1946.

MICHAVILA NUÑEZ, «El principio de legalidad en la potestad sancionadora de la Administración», *PJ*, CGPJ, N° 6, 1987.

MONTERO AROCA Y OTROS, *Derecho Jurisdiccional I, Parte General*, 15 Ed., Edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2007.

MONTERO AROCA Y OTROS, *Derecho Jurisdiccional III, El Proceso penal*, 15 Ed., Edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2007.

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



- NIETO, «Problemas capitales del Derecho Disciplinario», *RAP*, N° 63, 1970.
- NIETO, «El principio non bis in idem», *Anuario de Jornadas 1989-1990, Instituto Vasco de la Administración pública*, Euskadi, 1991.
- NIETO, *Derecho Administrativo Sancionador*, 4° edición, Edit. Tecnos, Madrid, 1993.
- NUÑEZ, *Código procesal Penal de la provincia de Córdoba anotado*, Edit. Lerner, Córdoba, 1978.
- O'DONELL, *El Derecho Internacional de los Derechos humanos*, Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Bogotá, 2004.
- OCTAVIO DE TOLEDO, *La prevaricación del funcionario público*, Edit. Civitas, Madrid, 1980.
- PARADA, «Obstáculos a la responsabilidad penal de los funcionarios», *RAP*, N° 31, 1960.
- PARADA, «El poder sancionador de la Administración y la crisis del sistema judicial penal», *RAP*, N° 67, 1972.
- PARADA, *Derecho Administrativo*, parte general, Tomo 1, Edit. Marcial Pons, Madrid, 2003.
- PAREJO ALFONSO y OTROS, *Manual de Derecho administrativo*, Edit. Ariel, Barcelona, 1994.
- PÉREZ MANZANO, *La prohibición constitucional de incurrir en bis in idem*, Edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.
- PÉREZ ROYO, *Curso de Derecho Constitucional*, Edit. Marcial Pons, Madrid/Barcelona, 2002.
- PRIETO SÁNCHEZ, «La jurisprudencia constitucional y el problema de las sanciones administrativas en el Estado de Derecho», *REDC*, Año 2, N° 4, 1982.
- QUINTERO OLIVARES, «La autotutela. Los límites al poder sancionador de la Administración pública y los principios operadores del Derecho Penal», *RAP*, N° 126, 1991.
- RIVAS SEVA, «El principio non bis in idem y su significación actual en el Derecho Administrativo Sancionador», *PJ*, CGPJ, N° 32, 1983.

RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho Penal*, parte general, Edit. Dykinson, Madrid, 1995.

ROXIN, *Derecho Penal*, parte general, Tomo I. Edit. Civitas, Madrid, 1997.

RUBIO LLORENTE, «El principio de legalidad», *REDC*, N° 39, 1993.

RUIZ ROBLEDO, *El derecho fundamental a la legalidad punitiva*, Edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.

SAGASTUME GALÁN, «Conducción temeraria de vehículos de motor», *Actualidad*, N° 2, 2006, UTE, San Salvador, 1997.

STRATENWERTH, *Derecho Penal*, parte general I, El hecho punible, Edit. Hammurabi, Buenos Aires, 2005.

SUAY RINCÓN, *Sanciones Administrativas*, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 1989.

TAMARIT SUMALLA y OTROS, *Curso de Derecho Penitenciario*, Edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2005.

TRAYTER JÍMENEZ, «Sanción penal-sanción administrativa: el principio non bis in idem en la jurisprudencia», *PJ*, CGPJ, N° 22, 1991.

TIEDEMANN, *Manual de Derecho Penal Económico*, parte general y especial, Edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.

TORÍO LÓPEZ, «Injusto penal e injusto administrativo (presupuestos para la reforma del sistema de sanciones)», en: A.A.V.V., *Estudios sobre la Constitución española, Homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría*, Tomo III, Edit. Civitas, Madrid, 1991,

VASQUEZ ROSSI, *Derecho Procesal Penal*, Tomo 1, conceptos generales, Edit. Rubinzal Culzoni, Tucumán, 1995.

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

VIVES ANTÓN, «El bis in idem procesal», en: A.A.V.V., *Los principios del proceso penal*, CGPJ, Madrid,

ZUGALDÍA ESPINAR, *Fundamentos de Derecho Penal*, Edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 1993.

# LA EXPERIENCIA DEL SISTEMA DE ALBERGUES PARA VÍCTIMAS DE VIOLENCIA DOMÉSTICA EN EL ESTADO DE CALIFORNIA, EUA: INTERACCIÓN ENTRE FUENTES PÚBLICAS Y PRIVADAS DE FINANCIACIÓN<sup>521</sup>

Blaine Bookey.<sup>522</sup>

Wendy Knobel.<sup>523</sup>

## SUMARIO

I. Fuentes de Financiación Nacional. Ley de Prevención de Violencia Intrafamiliar y Servicios para Víctimas (FVPSA). Ley de Prevención de Violencia Intrafamiliar y Servicios para Víctimas (FVPSA). La Ley de Víctimas de Crimen (VOCA). La Ley de Violencia Contra la Mujer (VAWA). II. Fuentes de Financiación de California. Programa de Servicios para Víctimas de Violencia Doméstica (Cal EMA). Departamento sobre el Estatus de Mujeres (SF Mayor's Office). III. La Ciudad de San Francisco. La Casa de Las Madres. St. Vincent de Paul Society's Riley Center. IV. Problemas de la Escasez de Financiación Pública. V. Conclusiones.

521. Este artículo es una contribución para el Consejo Nacional de la Judicatura de El Salvador, como un intercambio de experiencias sobre Políticas Públicas del Estado de California, Estados Unidos de América en materia de "Albergues para víctimas de violencia intrafamiliar". El Salvador históricamente ha carecido de una política pública en esta temática y por ello se agradece las gestiones en la redacción y traducción de este artículo a la Dra. Karen Musalo, profesora y directora en la Universidad de California en San Francisco de la Clínica del Centro para Estudios de Género y Refugiados, CGRS de fecha 26 de diciembre de 2012. (Clinical Professor of Law & Director, Center for Gender & Refugee Studies, U.C. Hastings College of the Law).

522. Blaine Bookey, Abogada y directoralugarteniente de Centro paraEstudios de Género y Refugiados, CGRS, U.C. Hastings College of the Law (Attorney and Associate Director of CGRS).

523. Wendy Knobel, Abogada con el bufete de abogados de Wilson, Sonsini, Goodrich y Rosati, y voluntariadel Centro paraEstudios de Género y Refugiados, CGRS, U.C. Hastings College of the Law (attorney with the law firm of Wilson, Sonsini, Goodrich and Rosati, volunteer attorney with CGRS).

## INTRODUCCIÓN

La violencia contra la mujer fue identificada en Estados Unidos como un problema grave durante los años 1970<sup>524</sup>. Para responder a este problema, las comunidades del Estado de California establecieron albergues para víctimas de violencia doméstica para apoyar a las mujeres y sus hijos<sup>525</sup>.

La alternativa a este abordaje que se enfoca en la proporción de un refugio seguro, sería seguir viviendo en una situación violenta en que la vida propia es amenazada, o estar sin hogar<sup>526</sup>.

Los albergues normalmente son gratis y tienen información sobre otros servicios disponibles en la comunidad, o incluso los albergues mismos proporcionarán dichos servicios.<sup>527</sup> Para poder proporcionar sus servicios, la mayoría de los albergues son financiados por varias fuentes, incluyendo financiación gubernamental, recaudación de fondos, y contribuciones privadas<sup>528</sup>.

### I. Fuentes de Financiación Nacional

El gobierno nacional de Estados Unidos respondió al problema de violencia doméstica mediante la aprobación de la *Ley de Prevención de Violencia Intrafamiliar y Servicios para Víctimas* (Family Violence Prevention and Services Act, FVPSA) en 1984<sup>529</sup>.

La FVPSA apoya a los estados a prevenir casos de violencia intrafamiliar y proporciona asistencia residencial a víctimas de violencia intrafamiliar y sus dependientes a través de la administración de programas de subvenciones a estados, territorios, tribus, coaliciones estatales de violencia doméstica y centros nacionales de recursos<sup>530</sup>.

524. Garrine P. Laney, *Violence Against Women Act: History and Federal Funding* [Ley de Violencia Contra la Mujer: Historia y Financiación Nacional], Congressional Research Service [Servicio de Investigación del Congreso], 26 feb. 2010.

525. California Partnership to End Domestic Violence [Sociedad de California para Erradicar la Violencia Doméstica], *Funding Formula Review and Recommendation: Final Report* [Revista y Recomendación del Método de Financiación: Informe Final] (2012).

526. <http://www.lacasa.org/what-we-do/crisis-services/emergency-shelter/>

527. [http://www.womenshelters.org/cit/ca-san\\_francisco](http://www.womenshelters.org/cit/ca-san_francisco)

528. Danielle Verbrigghe, *Funding Change Forces Cuts at Some Domestic Violence Shelters* [Cambios de financiación obligan cortes en algunos albergues para víctimas de violencia doméstica], *Cronkite News*, 25 oct. 2012.

529. Laney, *supra*.

530. *Family Violence Prevention and Services Program* [Programa de Servicios y Prevención de Violencia Intrafamiliar], Department of Health and Human Services [Departamento de Salud y Servicios Humanos], FVPSA, July 5, 2011. The Public Policy Office [Oficina de Política Pública], *National Coalition Against Domestic Violence* [Coalición Nacional contra la Violencia Doméstica], *Family Violence Prevention and Services Act* [Ley de Prevención de Violencia Intrafamiliar y Servicios para Víctimas], disponible en <http://www.ncadv.org/files/FVPSA.pdf>.

Existen otras leyes nacionales que proveen financiación para programas de violencia doméstica, pero la FVPSA es la única ley que provee financiación pública directamente a los albergues.

### ***Ley de Prevención de Violencia Intrafamiliar y Servicios para Víctimas (FVPSA)***

La FVPSA es administrada por el *Programa de Servicios y Prevención de Violencia Intrafamiliar* del Departamento de Salud y Servicios Humanos de EEUU<sup>531</sup>.

El Congreso Estadounidense ha autorizado hasta \$175 millones de financiación para la FVPSA, pero en el Año Fiscal (AF) 2011 la asignación para FVPSA fueron \$129.8 millones<sup>532</sup> y para el AF 2012 la propuesta presupuestaria del Presidente fue de \$135 millones para FVPSA<sup>533</sup>.

Esos fondos son equivalentes a más de 2,000 albergues de violencia doméstica en todos los Estados Unidos utilizando financiación de FVPSA para proporcionar refugio de emergencia y servicios de intervención para víctimas de violencia doméstica<sup>534</sup>.

Cada Año Fiscal, los fondos de la FVPSA son distribuidos a todos los Estados y Territorios, que a su vez distribuyen los fondos a nivel local a organizaciones locales públicas, privadas, sin fines de lucro, y religiosas que cumplen con ciertos criterios que demuestran su eficacia en el marco de la violencia intrafamiliar<sup>535</sup>.

### ***La Ley de Víctimas de Crimen (VOCA)***

La *Ley de Víctimas de Crimen* (Victims of Crime Act, VOCA), promulgada en 1984, estableció el *Fondo para Víctimas de Crimen* para proporcionar financiación a servicios para víctimas a través de todos los EEUU y sus territorios. El Fondo recibe millones de dólares de varias agencias y cortes nacionales, recaudados por multas y decomisos criminales al nivel nacional. La VOCA es administrada por la *Oficina para Víctimas de Crímenes* (Office for Victims of Crimes, OVC), parte del Departamento de Justicia de EEUU.

La OVC distribuye los fondos de la VOCA a los estados y territorios, que proporcionan las subvenciones a las organizaciones locales comunitarias, que a su

531. Id.

532. Id.

533. National Network to End Domestic Violence [Red Nacional para Erradicar la Violencia Doméstica], Family Violence Prevention and Services Act [Ley de Prevención de Violencia Intrafamiliar y Servicios para Víctimas], disponible en <http://www.nnedv.org/policy/issues/fvpsa.html>.

534. Id.

535. Family and Youth Services Bureau [Agencia de Servicios para Familias y Jóvenes], Department of Health and Human Services [Departamento de Salud y Servicios Humanos], FVPSA State and Territory Formula Grant Program Fact Sheet [Ficha Técnica del programa de Subvenciones Estatales y territoriales (2012), disponible en <http://www.acf.hhs.gov/programs/fysb/resource/fvpsa-formula-facts>.

vez proporcionan los servicios directos a víctimas de crimen, incluyendo intervenciones en crisis, refugio de emergencia, transporte y defensa de justicia penal. Los estados también adjudican algunos de los fondos directamente a las víctimas, que deben cumplir con ciertos requisitos de elegibilidad y deben utilizar los fondos para asegurar su propio refugio o residencia.

Desde 1986, se han adjudicado \$4.8 mil millones de fondos de apoyo a víctimas de VOCA y \$1.8 mil millones de fondos de indemnización<sup>536</sup>. Estos fondos han apoyado más de 4,000 agencias locales y estatales de servicio a víctimas, sirviendo casi a 4 millones de víctimas cada año<sup>537</sup>.

### *La Ley de Violencia Contra la Mujer (VAWA)*

La *Ley de Violencia Contra la Mujer* (Violence Against Women Act, VAWA) fue promulgada en 1994, con énfasis en la financiación para esfuerzos de hacer cumplir la ley, así como educación y programas sociales para prevenir el crimen. El enfoque de la financiación son los programas gubernamentales locales. Creó nuevos castigos para ciertos crímenes y emprendió programas para prevenir la violencia y para ayudar a víctimas<sup>538</sup>.

Mientras que esta Ley no necesariamente provee fondos directamente a los albergues, la *Agencia de Mitigación de Emergencias de California* (California Emergency Management Agency, Cal EMA) recibe financiación de esta fuente, luego repartiéndola a organizaciones locales que proporcionan refugio de emergencia a víctimas de violencia doméstica. Sin embargo, en 2011, la VAWA caducó y aún no ha sido promulgada de nuevo<sup>539</sup>.

## II. Fuentes de Financiación de California

### *Programa de Servicios para Víctimas de Violencia Doméstica (Cal EMA)*

En California, la fuente principal de financiación estatal para albergues para víctimas de violencia doméstica es Cal EMA, a través de su *Programa de Servicios para Víctimas de Violencia Doméstica* (Comprehensive Shelter Based Domestic Violence Services Program), parte de la *Sección de Violencia Doméstica* (Domestic Violence Section). La misión de la sección es colaborar con unidades del gobierno y organi-

536. *Office for Victims of Crime* [Oficina para Víctimas de Crimen], *US Department of Justice, Victims of Crime Act Rebuilding Livelihood Assistance and Compensation* [Ley para Víctimas de Crimen Restaurando Vida a través de Asistencia y Compensación], disponible en [http://www.ojp.usdoj.gov/ovc/pdftxt/VOCA\\_Chart\\_hr.pdf](http://www.ojp.usdoj.gov/ovc/pdftxt/VOCA_Chart_hr.pdf).

537. *The National Center for Victims of Crime* [Centro Nacional para Víctimas de Crimen], *VOCA Funding Victim Advocates Speak Out* [Defensores de Financiación para Víctimas Se Expresan], disponible en [http://www.nnedv.org/docs/Policy/VOCA\\_Survey Results.pdf](http://www.nnedv.org/docs/Policy/VOCA_Survey Results.pdf).

538. Laney, *supra*.

539. *Guest Blogger, Think Progress, One Year after VAWA's Expiration and Counting: House Leaders Still 'Splitting Hairs' over Rape Victims* [Un año y más después de la caducidad de la VAWA: Líderes del Congreso siguen metiéndose en nimiedades sobre víctimas de violación sexual], Oct. 1, 2012.

zaciones locales sin fines de lucro para prevenir, reducir, y erradicar incidentes de violencia doméstica<sup>540</sup>.

Los fondos proveídos por Cal EMA a los albergues provienen de una combinación de las tres fuentes nacionales mencionadas así como de subvenciones estatales. Las subvenciones estatales suman unos \$20 millones al año, y las subvenciones nacionales concedidas a los estados suman unos \$19 millones al año<sup>541</sup>. Se estima que \$39.3 millones de subvenciones estatales y nacionales serán disponibles para el *Programa de Asistencia para Víctimas de Violencia Doméstica* (DomesticViolenceAssistanceProgram) dentro de Cal EMA para el AF 2012/2013.

Cal EMA provee financiación para 104 proyectos al año y por el hecho de que los fondos estatales son asignados de una forma no competitiva, proveen financiación igual a las mismas agencias sin fines de lucro y proyectos año tras año. Por lo tanto, es muy difícil para una nueva organización sin fines de lucro entrar al proceso de financiación estatal. Incluso es difícil para una organización ya establecida que previamente no había recibido financiación de Cal EMA.

Cada agencia entrega una Solicitud a Cal EMA cada mayo para el nuevo año fiscal, que incluye un presupuesto anticipado y una narración del proyecto para el año, certificaciones, y además peticiones mensuales de reembolso (así consiguen sus fondos) y reportajes de progreso, así como una variedad de otros documentos requeridos. Por ejemplo, uno de los requisitos legislativos para recibir financiación estatal es que cada agencia provee y reporta donaciones privadas igual al menos 10% de los fondos estatales solicitados<sup>542</sup>.

### ***Departamento sobre el Estatus de Mujeres (SF Mayor's Office)***

La Ciudad de San Francisco, a través de la Alcaldía, Departamento sobre el Estatus de Mujeres (DepartmentonTheStatus of Women), colabora íntimamente con socios de la comunidad para mantener un bajo nivel de homicidios relacionados a la violencia doméstica, y para proporcionar líneas de emergencia, refugio de emergencia, vivienda de transición, servicios de intervención en crisis, y capacitación de prevención<sup>543</sup>.

540. <http://www.calema.ca.gov/PublicSafetyandVictimServices/Pages/Domestic-Violence-Programs.aspx> (sigue el hipervínculo "ComprehensiveShelter-Based DomesticViolenceServicesProgram").

541. *Telephone Interview with Leigh Bills* [Entrevista telefónica con Liegh Bells], *Domestic Violence Section Chief* [Jefe de la Sección de Violencia Doméstica], Cal EMA (Nov. 13, 2012).

542. Id.

543. Department on the Status of Women [Departamento sobre el Estatus de las Mujeres], City and County of San Francisco [Municipalidad y Condado de San Francisco], Press Release: San Francisco Dedicates Additional \$250,000 to Fight DomesticViolence [Comunicado de prensa: San Francisco dedica \$250,000 adicionales para luchar contra la Violencia Doméstica], 31 julio 2012.

La oficina financia 24 agencias sin fines de lucro a través del programa de prevención de violencia contra la mujer y subvenciones de intervención (*Violence Against Women Prevention & Intervention Grants Program*)<sup>544</sup>.

En mayo de 2012, el Alcalde Edwin Lee anunció que protegería la financiación para el programa de violencia doméstica durante los próximos dos años fiscales (AF 2013-14), prometiendo \$2.7 millones al año para programas de prevención e intervención en la ciudad<sup>545</sup>. el 31 de julio de 2012, el departamento emitió un comunicado de prensa dedicando \$250,000 adicionales para grupos desfavorecidos en el combate de la violencia doméstica, elevando la inversión anual a niveles históricos<sup>546</sup>.

### III. La Ciudad de San Francisco

San Francisco es la cuarta ciudad más populosa de California, con una población de 812,826 personas<sup>547</sup>, y la segunda ciudad más densa de EEUU, después de New York City<sup>548</sup>. San Francisco tiene un consorcio de 17 agencias sin fines de lucro de servicios para víctimas de violencia doméstica que proporcionan los siguientes servicios: refugio de emergencia, vivienda de transición, líneas de emergencia, terapia, educación, y defensa legal.

Entre estas 17 agencias sostienen los 3 albergues para víctimas de violencia doméstica en San Francisco, los cuales reciben un híbrido de financiación pública y privada. A continuación se destacan los albergues con mayor presencia en la ciudad.

#### *La Casa de Las Madres*

Una de estas organizaciones es La Casa de Las Madres (La Casa), fundada en 1976. La ubicación de La Casa es confidencial, y es el albergue más grande y más viejo de San Francisco<sup>549</sup>. Ofrece acceso con seguridad las 24 horas, todos los días, así como apoyo comprensivo, incluyendo terapia individual, grupos de apoyo, capacitación de habilidades prácticas para la vida diaria, y referencias para recursos y servicios de apoyo.

La Casa sirve a 35 mujeres y sus hijos cada noche para una estancia de hasta 8 semanas<sup>550</sup>. Cada mujer tiene su propio cuarto privado que les proporciona a ella y

544. Id.

545. *Office of the Mayor, City and County of San Francisco, Mayor Lee Protects Domestic Violence Program Funding*, May 10, 2012.

546. *Press Release, supra*.

547. <http://www.Quickfact.census.gov/qfd/states/06/06075.html>. (Estimate for 2011.).

548. [http://en.wikipedia.org/wiki/List\\_of\\_largest\\_California\\_cities\\_by\\_population](http://en.wikipedia.org/wiki/List_of_largest_California_cities_by_population).

549. *Telephone Interview with Karen Baskind, Development Associate*, La Casa de Las Madres (Nov. 7, 2012).

550. <http://www.lacasa.org/what-we-do/crisis-services/emergency-shelter/>.



sus hijos -si los tiene- la privacidad. No hay restricciones de edad ni género para los hijos a que La Casa da la bienvenida cada noche<sup>551</sup>.

La Casa recibe el 50% de su financiación por fuentes públicas, incluyendo la Alcaldía de San Francisco, Cal EMA, y el Programa de Alimentación y Refugio de Emergencia de la Agencia Nacional de Manejo de Emergencias (*Federal Emergency Management Agency, FEMA*). El otro 50% es compuesto de apoyo corporativo y donaciones individuales a través de la recaudación de fondos que realiza La Casa por campañas regulares, correos masivos, y eventos de la comunidad.

### *St. Vincent de Paul Society's Riley Center*

Otro albergue para víctimas de violencia doméstica es la *St. Vincent de Paul Society Riley Center*. Igual que La Casa, ofrece un servicio de refugio de emergencia ('Rosalie House') las 24 horas, ubicada confidencialmente en San Francisco, y para una estancia de hasta 12 semanas para mujeres abusadas y sus hijos.

La Rosalie House apoya a mujeres que han sido víctimas de abuso físico, sexual o emocional, con prioridad a las que se encuentran en peligro inmediato. también proporcionan una línea de emergencia de 24 horas, una oficina de comunidad que ofrece servicios de atención inmediata, educación y asistencia de seguimiento a ex-clientes, alimentación y ropa, terapia individual, grupos de apoyo, manejo de casos, grupos de asistencia para crianza de hijos, referencias para empleo, y un programa para niños y niñas.

*St. Vincent de Paul Society* también tiene un Programa de Vivienda de Transición ('*Brennan House*') para asistirles a mujeres a asegurar y retener una vivienda segura y económica, libre de violencia<sup>552</sup>.

## **IV. Problemas de la Escasez de Financiación Pública**

Existen noventa y ocho agencias en todo el Estado de California que dependen de financiación pública para proporcionar albergues para víctimas de violencia doméstica<sup>553</sup>. Por ejemplo, en 2011, la financiación nacional y estatal representó el 42% del presupuesto del *Marjaree Mason Center*, un albergue en Fresno, California<sup>554</sup>.

Durante una recesión, la financiación pública para programas como albergues para víctimas de violencia doméstica se pone en riesgo de ser eliminada o disminuida en comparación con años anteriores, arriesgando su capacidad de perma-

551. *Interview with Karen Baskind*, supra.

552. <http://www.rileycenter.org/>.

553. *Id.*

554. *Genevieve Bookwalter, HealthyCal.org, Need Grows for Domestic Violence Shelter, but Funding is Stagnant, Jan. 31, 2012, available at <http://www.healthycal.org/archives/7142>. (More than \$1.4 million of its \$3.3 million budget came from government funds.)*

necer abiertos y proporcionar servicios a víctimas de violencia doméstica. Por ejemplo, en 2009 cuando el Gobernador vetó los \$16.3 millones de fondos estatales para los albergues (una reducción de 20% comparado con el año anterior), seis albergues en California fueron obligados a cerrar dentro de las seis semanas inmediatas al veto<sup>555</sup>.

Después de una campaña masiva de concientización, una ley de financiación de emergencia fue aprobada unos meses después del veto, restaurando los \$16.3 millones de fondos, y resultando en la reapertura de cuatro de los seis albergues<sup>556</sup>. Sin embargo, la reducción de \$4 millones en fondos estatales comparado con el año anterior, seriamente comprometió el apoyo que estas agencias ofrecían a las víctimas a que servían<sup>557</sup>.

## V. Conclusión

Estas agencias locales proporcionan apoyo y servicios inmensos a víctimas de violencia doméstica, y cuando pasan recesiones, las donaciones privadas individuales, corporativas, y de fundaciones, se hacen más difíciles de adquirir. La financiación pública también se pone en riesgo de ser disminuida comparada con años anteriores, o peor, de ser eliminada completamente durante estos tiempos de dificultad económica.

Adicionalmente, las recesiones económicas se están inclinando a exacerbar las relaciones violentas por la misma crisis y el aumento del desempleo, posiblemente dando como resultado que los abusadores verbales o psicológicos recurran a la violencia física, y originando que las mujeres abusadas que ya se encuentran en relaciones físicamente violentas, terminen en salas de emergencia con heridas graves<sup>558</sup>.

Estas situaciones crean una necesidad aún más grande de refugios de emergencia y otros servicios para víctimas de violencia doméstica. Una encuesta realizada en septiembre de 2011 descubrió que los programas para víctimas de violencia doméstica en California pudieron proporcionar un refugio para 2,822 víctimas de violencia doméstica, pero que no fueron capaces de satisfacer 612 peticiones para ambos refugios de emergencia y vivienda de transición, durante un periodo de 24 horas<sup>559</sup>.

Más de un tercio de todas las agencias reportaron una escasez de fondos, personal, y camas disponibles o financiación para alquilar cuartos en hoteles, como

555. *CBS Local, Schwarzenegger Vetoes Domestic Violence Shelter Funding, Oct. 1, 2010, available at <http://sanfrancisco.cbslocal.com/2010/10/01/schwarzenegger-vetoes-domestic-violence-shelter-funding/>.*

556. *Id.*

557. *Id.*

558. *Id.*

559. *National Network to End Domestic Violence, 2011 Domestic Violence Counts: California Summary, available at [http://nmedv.org/docs/Census/DVCounts2011/DVCounts11\\_StateSummary\\_CA.pdf](http://nmedv.org/docs/Census/DVCounts2011/DVCounts11_StateSummary_CA.pdf); See also 2011 Domestic Violence Counts: a 24-Hour Census of Domestic Violence Shelters and Services for statistics regarding the US.*



las razones principales por las cuales no fueron capaces de satisfacer las necesidades para víctimas en áreas de viviendas y otros servicios<sup>560</sup>.

Por lo tanto, aun es imprescindible asegurar que estas agencias del Estado de California tengan acceso continuo a la financiación a todo nivel para proteger el sustento y la subsistencia de estas víctimas.

---

560. Id.



# BREVE COMENTARIO A LOS DELITOS CONTEMPLADOS EN LA LEY ESPECIAL INTEGRAL PARA UNA VIDA LIBRE DE VIOLENCIA (LEIV)

Por Martín Alexander Martínez Osorio.

## I. Generalidades

Se tratan de once figuras delictivas que se encuentra incluidas en el Decreto Legislativo 520 de 25/X/2010, publicado en el D.O. N° 70, Tomo 390 de 4/I/2011, y que entró en vigencia desde el 01/I/2012.

## II. Premisas interpretativas fundamentales

Para la aplicación de los delitos contemplados en la LEIV tendrán que tenerse en cuenta las siguientes premisas interpretativas:

1. El carácter personalista de la Constitución.
2. Lo estipulado en la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer –Convención Belem do Pará–. Así como de otros instrumentos –art. 11 LEIV– como:
  - a. La Convención de los Derechos del Niño.
  - b. La Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y su Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños.
  - c. Demás instrumentos internacionales de Derechos Humanos vigentes.
4. Busca erradicar la violencia derivada de las relaciones desiguales de poder entre hombres y mujeres (Considerando V).
5. Y el motivo central de la ley es proteger la vida, la integridad física y moral, la libertad, la no discriminación, la dignidad, la tutela efectiva, la seguridad personal, la igualdad real y la equidad (art. 1 LEIV).
6. Una directriz esencial que deberá tenerse en cuenta es lo relativo a las relaciones de poder o de confianza estipuladas en el art. 7 LEIV.

### III. Elemento denominador o básico de la mayor parte de tipos penales: la violencia

De acuerdo al art. 9 de la LEIV, la violencia puede ser económica, feminicida, física, psicológica y emocional, patrimonial, sexual y simbólica. En realidad, tal clasificación, expande ya el ámbito de los diferentes tipos de violencia contemplados en la Ley contra la Violencia Intrafamiliar, y plantea retos interpretativos no fáciles con las fórmulas clásicas de violencia contempladas en el Código Penal –física y psicológica–. A ello se impone la necesaria medida interpretativa –derivada del principio constitucional de mínima intervención del Derecho Penal– en el sentido que sólo las formas más graves de violencia podrán ser penalmente sancionadas, y las de menor gravedad reconducidas al Derecho de Familia o a otro sistema jurídica menos severo.

### IV. Los delitos

Los *tipos básicos* contienen los elementos fundamentales de una determinada conducta delictiva. Cuando se añaden elementos adicionales nos encontramos con los *tipos derivados*. Estos últimos, como siguen dependiendo del tipo básico, se les reconoce generalmente con el mismo nombre o están dentro del mismo capítulo o sección del Código Penal. Cuando la diferencia no es muy grande, se les denomina *tipos cualificados* o *tipos agravados*.

Sin embargo existe otra clase de tipos derivados, y son los denominados *autónomos*. En estos, los elementos adicionales se constituyen elementos esenciales del tipo. Son identificables porque cuentan en muchas ocasiones con un *nomen iuris* propio, se encuentran regulados en secciones, capítulos o títulos diferentes del Código Penal y pueden tener marcos penales distintos en razón de que pueden resultar afectados otros bienes jurídicos además del que resulta inicialmente protegido. Por ejemplo: el robo con relación al hurto o el feminicidio en relación al homicidio.

La distinción entre si un tipo agravatorio o autónomo es una cuestión de interpretación, y donde los problemas más importantes se desarrollan en el ámbito del error y de la participación criminal.

Así, hay quienes sostienen que el error sobre los elementos accidentales de un tipo cualificado se rige por las mismas reglas que el error sobre uno de los elementos esenciales del tipo básico o de un tipo autónomo, dando lugar a una responsabilidad por imprudencia. Pero otra posición doctrinaria, entiende que un error sobre un tipo cualificado, excluye la responsabilidad únicamente en relación únicamente al elemento que cualifica y no en relación a los que constituyen el tipo básico. Esta es la postura correcta.

En cuanto a la participación, principalmente refiriéndonos a la complicidad, cierta postura doctrinal entiende que en este sector no rigen las reglas generales de la accesoriadad de la participación, sino las reglas contempladas en el art. 67 CP relativas a la comunicabilidad de circunstancias agravantes y atenuantes según sean objetivas y subjetivas. Desde esta óptica el partícipe en quien no concurren tales elementos no respondería por el tipo derivado sino por el tipo básico.

#### **Art. 45.- Femicidio.**

1. **Sujeto activo y pasivo.** Obviamente el sujeto pasivo es la mujer. Conforme el principio estipulado en el art. 7 LEIV, únicamente puede ser sujeto activo el hombre.
2. **Bien jurídico.** Es un tipo autónomo. Ya que se agrega adicionalmente a la afectación a la vida de la víctima, una cierta situación de desvalimiento o inferioridad derivada de su condición de mujer o de ciertas circunstancias de comisión del delito y que resulta aprovechada por el agente.
3. **Conducta.** Es activa aunque puede ser cometida en comisión por omisión al ser un delito de resultado.
4. **Modalidades comisivas.** Es tipo penal resultativo, es decir, el medio con el que se puede cometer el homicidio es irrelevante, aunque pueden entrar en concurso con otras circunstancias agravantes estipuladas en el Código Penal.
5. **Tipicidad subjetiva.** Se requiere además del dolo, el elemento subjetivo “odio o menosprecio a la condición de la mujer”, del cual se hace un listado altamente exhaustivo de cuando puede establecerse. Se trata de un tipo altamente complicado, ya que muchas de las situaciones establecidas pueden entrar en colisión con otros tipos penales o circunstancias agravantes contempladas en el Código Penal. Se tendrá en este caso, hacer uso del concurso de leyes para su solución (art. 7 CP).
6. **Formas imperfectas de ejecución.** Al ser un tipo conexo al homicidio se admite la tentativa.
7. **Autoría y participación.** Los mayores problemas se tendrán en el ámbito del error o la participación. Por ejemplo: cuando alguno de los intervinientes realice el homicidio sin contar con el elemento subjetivo que establece el tipo, pero otro u otros si lo tengan. Adicionalmente, existe un problema aplicativo relativo a la mujer que partícipe como cómplice, acerca de si también puede colaborar en un homicidio con odio o menosprecio hacia otra mujer, y por tanto, mantenerse la imputación como

feminicidio. Se trata de un problema que se relaciona con la accesividad de la participación.

8. **Cuestiones concursales.** Se trata de un tipo autónomo de preferente aplicación por sobre el homicidio tipo básico y el tipo agravado en el Código Penal.

#### **Art. 46.- Feminicidio agravado.**

1. **Penalidad.** Se mantiene dentro de lo aceptable conforme el marco penal establecido para las circunstancias agravantes específicas por parte del legislador en el art. 129 del Código Penal.
2. **Circunstancias agravatorias.**
  - a. En relación a la autoridad o servidor público que lo realice.
  - b. Dos o más personas.
  - c. Cometido frente a un familiar de la víctima.
  - d. Víctima en estado de vulnerabilidad.
  - e. Prevalimiento.

Estas circunstancias pueden entrar en el ámbito del concurso aparente de normas con las modalidades agravatorias del art. 129 CP. Tal conflicto interpretativo deberá resolverse conforme las reglas que señala el art. 7 del Código Penal, y donde obviamente será de aplicación preferente el principio de especialidad.

#### **Art. 47.- Obstaculización al acceso a la justicia.**

1. **Sujeto activo y pasivo.** Volvemos a la problemática de sí efectivamente este tipo puede ser cometido por una mujer. Si seguimos el patrón interpretativo del art. 7 LEIV únicamente podría cometerlo un hombre. Sin embargo, si se trata de una mujer, la responsabilidad devendría de los tipos estipulados en los arts. 311, 312 o 321 del Código Penal. Y en el caso, de realizar conductas activas como el “promover”, podrían quedar comprendidas dentro del ámbito del art. 320 del Código Penal.
2. **Bien jurídico.** Es un delito que no se relaciona únicamente con la protección de la indemnidad de la mujer víctima de un delito; sino también con el normal o regular funcionamiento de la administración de justicia en la sustanciación de estos hechos criminales.
3. **Conducta.** Es un delito que puede ser cometido tanto de forma activa –propiciare, promoviere, obstaculizare– como de forma omisiva –tolerare–. En este último caso, que basta para su consumación la no realización de la acción exigida. En cuanto a la forma comisiva, los términos resultan



ser sumamente omnicomprensivos de cualquier conducta verdaderamente grave que evite una regular sustanciación del expediente penal.

4. **Modalidades comisivas.** Ninguna.
5. **Tipicidad subjetiva.** Es un delito que únicamente admite su realización dolosa, ya que se requiere tener conocimiento del trámite de un proceso penal, y se realicen todas aquellas conductas que pudieran entorpecerlo, finiquitarlo o manipularlo arbitrariamente. La realización culposa o imprudente de estas conductas, podrían dar lugar a una responsabilidad disciplinaria.
6. **Formas imperfectas de ejecución.** Es un delito de mera actividad, basta la realización de cualquiera de las acciones típicas descritas para que el tipo se consuma. Y ello de forma independiente a la interrupción o clausura del proceso penal respectivo.
7. **Autoría y participación.** Se trata de un delito especial, ya que requiere cierta cualidad o característica en cuanto al sujeto activo. Por ende, para establecer la autoría del mismo, se requiere comprobar que el autor ejerce una actividad pública. El término utilizado en la redacción –“funcionario público”– debe ser entendido en referencia no sólo en relación a los funcionarios de primero y segundo grado, sino también resulta comprensivo tanto de los empleados públicos como de los trabajadores públicos. Esto es, aquellos que tienen una relación de servicio y representación del Estado en el ámbito de la prestación de un servicio público. Quien no tiene dicha cualidad, no quedaría comprendido como autor de esta figura criminal.
8. **Cuestiones concursales.** En realidad, se trata de un tipo penal especial en relación con los regulados en los art. 311, 312 o 321 del Código Penal. Por ende, se constituye en un tipo de preferente aplicación por sobre los regulados en el estatuto penal básico.

#### **Art. 48.- Suicidio feminicida por inducción o ayuda.**

1. **Sujeto activo y pasivo.** Estamos en presencia de un tipo conexo al tipo penal contemplado en el art. 131 del Código Penal. Esto es, de inducción y ayuda suicidio. Con la particularidad, que el sujeto pasivo es una mujer y el sujeto activo se sigue considerando al hombre. A lo que se añaden, unas especiales condiciones de comisión contempladas en los literales a), b) y c) del referido artículo.

Sin embargo, trasluce la idea que nos encontramos ante una verdadera autoría mediata de homicidio cometida por la propia mujer víctima, siendo entonces innecesaria tal regulación especial, ya que podía haber quedado

comprendida dentro de las reglas generales del Código Penal. Si es una mujer que induce o ayuda a otra mujer, la conducta quedaría comprendida en el tipo básico del art. 131 CP.

2. **Bien jurídico.** Es la vida de la mujer, agregándose como elemento adicional una afectación física o psíquica que antecede a la comisión del hecho.
3. **Conducta.** Es un tipo de comisión y de carácter mixto-alternativo. Es decir, basta realizar alguna de las dos conductas antes señaladas para su aplicación judicial.

La inducción consiste en aquella conducta activa que directamente hace surgir la voluntad de consumar un delito doloso. Las características de la misma son: (a) tiene que ser anterior al hecho; (b) directa; (c) eficaz; (d) suficiente y (e) la determinación debe ser clara, abierta y no insidiosa.

Por otra parte el término *ayuda*, hace referencia a cualquier tipo de colaboración esencial con relación a la muerte de la víctima. Esto va desde poner a disposición los medios materiales para la consecución de tal fin, hasta la actitud tolerante su ejecución, lo que abre el debate acerca de si cabe la comisión por omisión en el presente delito.

4. **Modalidades comisivas.** La responsabilidad penal deviene en cuanto se haya creado la idea criminal en otra persona –instigación– o se brinde un aporte esencial que se encuentre unido en una relación de causalidad o de imputación objetiva con el resultado. Si la mujer ya estaba decidida a quitarse la vida no entraría a funcionar el presente tipo penal.
5. **Tipicidad subjetiva.** Es un delito doloso y que admite la modalidad de dolo eventual. La cual debe ser determinada en el proceso penal sea conforme a las diferentes teorías que ha elaborado la dogmática penal.
6. **Formas imperfectas de ejecución.** Este tipo de figuras resultan sumamente discutibles en cuanto a su consumación, pues un cierto sector doctrinal establece la muerte de la víctima como una condición objetiva de punibilidad. Sin embargo, aunque no acaeciera la muerte, subsiste la posibilidad de calificar el hecho como lesiones, dependiendo de la gravedad de las mismas.
7. **Autoría y participación.** Es un delito común pese que únicamente puede cometerlo el hombre.
8. **Cuestiones concursales.** El presente tipo es de preferente aplicación a la inducción y ayuda al suicidio contemplado en el art. 132 del Código Penal; el cual entrará a funcionar de forma subsidiaria cuando los inter-



vinientes sean del mismo sexo o género, o cuando no medie cualquiera de las circunstancias estipuladas en cualquiera de los literales a), b) y c) del 48 LEIV.

**Art. 49.- Inducción, promoción y favorecimiento de actos sexuales o eróticos por medios informáticos o electrónicos.**

1. **Sujeto activo y pasivo.** El sujeto pasivo es la mujer, mientras que el ámbito de sujeto activo –debido al espíritu de la ley– únicamente podría cometerlo un hombre. Sin embargo, la mujer que realice algún aporte en su comisión, podría quedar comprendida dentro de algún tipo básico contemplado en el Código Penal. En muchas ocasiones, esta figura típica será realizada por alguna persona jurídica, lo cual determinará la aplicación de la regla de autoría contemplada en el art. 80 párrafo 3º del Código Procesal Penal.
2. **Bien jurídico.** Nos encontramos ante un tipo que se relaciona tanto con la conducta estipulada en los arts. 169 y 172 CP, así como tangencialmente con el delito de trata de personas en su modalidad de explotación sexual. Sin embargo, su ámbito de aplicación radica en que las víctimas sean mujeres mayores de dieciocho años.

La referencia que el tipo efectúa de los medios electrónicos o informáticos, revela que el legislador tuvo en mente, el ámbito de la pornografía *on line*, como el motivo fundamental para crear el delito. El bien jurídico afectado en el presente caso, se relaciona particularmente con el ámbito de dignidad humana de la mujer, la cual no puede ser instrumentalizada como un objeto de comercio para la satisfacción erótica o sexual para otros. En el caso, que las víctimas no se encuentren dentro de la mayoría de edad, resultan de aplicación las figuras que se encuentran dentro del Código Penal.

3. **Conducta.** Estamos nuevamente en presencia de un tipo mixto-alternativo, es decir, basta la consumación la realización de cualquiera de los siguientes comportamientos: distribuir, publicar, enviar, promover, facilitar, administrar, financiar u organizar.

En realidad, el tipo penal castiga todo un ciclo delictivo que se origina desde la producción hasta la puesta en mano del producto al cliente de estos servicios, y más aún desde que exista su difusión en el internet. Resaltan con particular nitidez, los verbos típicos de *promover* y *favorecer*. El primero se relaciona con los comportamientos iniciales que den lugar a la comisión del delito; y en cuanto al segundo término, éste comprende toda ayuda a fin de lograr una determinada finalidad. Por ende, se tratan de términos que admiten una connotación bastante amplia en su interpretación, la cual obligadamente debe ser muy restrictiva.

4. **Tipicidad subjetiva.** En un delito doloso y que no admite su comisión imprudente. De igual forma, no se requiere el conocimiento preciso de cada una de las etapas delictivas antes relacionadas, sino que basta tener un conocimiento general de la actividad que se realiza y de la finalidad que se persigue.
5. **Formas imperfectas de ejecución.** Es un delito de mera actividad, bastando para su castigo la realización de cualquiera de las conductas antes descritas.
6. **Cuestiones concursales.** Pueden aparecer concursos aparente de leyes con el delito de amenazas y coacciones en la medida que en este delito se afecta la autonomía personal. Sin embargo, el tipo en estudio resulta de preferente aplicación, en razón de la gravedad de los actos a los que son sometidas las víctimas.

#### **Art. 50.- Difusión ilegal de información.**

1. **Sujeto activo y pasivo.** El sujeto pasivo del presente delito resulta ser la mujer cuyo titular de los bienes jurídicos honor e intimidad familiar y personal. En contraposición, el hombre –en razón del espíritu de la ley– tendría que considerarse como el sujeto activo. Aunque, en el caso que la presente conducta sea cometida por una mujer, podrían entrar en consideración los tipos básicos contemplados en el Código Penal como los arts. 184 y 178.
2. **Bien jurídico.** En el art. 2 de la Constitución, aparecen como derechos fundamentales el honor, la intimidad personal y familiar así como la protección penal de la propia imagen. Cuando se habla de honor, este se delimita de alguna manera al buen decir sobre una persona o a su buena reputación. Por ende, en un sentido más preciso, este bien jurídico se constituye en una derivación de la dignidad personal. Por otra parte, la intimidad se relaciona con aquel espacio irreductible de la persona, sujeto a la más absoluta reserva, y donde ella controla lo que los demás deben o no saber acerca de él o ella. De ahí que, estos sean los bienes jurídicos tutelados por este delito, con la particularidad que la víctima de los mismos sea una mujer. Por ende, el art. 50 LEIV se encuentra en una preferente aplicación, por sobre el clásico delito de difamación contemplado en el art. 178 CP.
3. **Conducta.** Genéricamente, lo que se castiga en el presente tipo, son las conductas que supongan difusión de información personalmente relevante con una finalidad meramente mendaz o difamatoria, esto es publicar, compartir, enviar –lo cual aún podría comprender los correos electrónicos– o distribuir.



4. **Tipicidad subjetiva.** Es un delito obviamente doloso.
5. **Formas imperfectas de ejecución.** Es un delito de mera actividad.
6. **Cuestiones concursales.** El presente tipo resulta de preferente aplicación con relación a la difamación, aunque resulta problemático su contraste con el tipo penal de calumnia. Sin embargo, tratándose de una imputación delictiva falta, es procedente la prevalencia del art. 177 por sobre el 50 LEIV. Otra cuestión concursal de solución discutible, es la conexión que pueda tener con la violación de comunicaciones privadas –art. 184 CP– en el caso que no únicamente exista apropiación de los datos personales sino también su divulgación. A mi manera de ver, los actos de captación deben considerarse consumidos dentro del ámbito de la divulgación, y por ende, sería de aplicación prioritaria el art. 50 LEIV. En síntesis, se tratarían de actos ya copenados, en la figura delictiva comentada.

#### **Art. 51.- Difusión de pornografía.**

1. **Sujeto activo y pasivo.** Nos remitimos a las consideraciones expresadas anteriormente en relación a este tópico.
2. **Bien jurídico.** Estamos ante un delito que podría considerarse de carácter pluri-ofensivo, pues no se afecta únicamente la autonomía de voluntad de una mujer que es instrumentalizada de forma previa a este delito en la producción de pornografía. Sino que también, adicionalmente, resulta lesionado su honor e intimidad personal al ponerse en circulación tal tipo de material.

De ahí que, el radio de aplicación de este delito, comienza con la difusión de fotos, videos u otro material explícitamente sexual en el que se relacione la víctima. No obstante ello, pueden surgir dudas interpretativas acerca del consentimiento referido a la producción de la pornografía más no en su difusión. Ejemplo: la creación en común acuerdo de un video casero por parte del esposo o compañero de vida y luego lo pone en circulación sin la autorización de la afectada. Si se prepondera como bien jurídico el honor y la estima personal obviamente esta disposición resultará aplicable al caso.

3. **Conducta.** El tipo penal no se refiere a la producción de pornografía sino a su distribución mediante la publicación, envío, distribución y aún mediante la acción de compartirlo.

El término pornografía es altamente normativo y se encuentra sujeto a una labor judicial interpretativa de carácter eminentemente restrictiva por la amplitud semántica que presenta. Conviene tener en cuenta que el calificativo de pornográfico se aplica a toda aquella producción literaria o

artística de contenido lúbrico u obsceno, que pretende reproducir vivencias reales en los sujetos que tienen acceso a su contenido. En otras palabras, materiales cuya finalidad es la excitación sexual del adquirente, y donde – conforme al principio constitucional de mínima intervención– únicamente aquellas representaciones graves o denigrantes de la mujer podrían tener relevancia penal.

4. **Tipicidad subjetiva.** El delito únicamente admite su forma de comisión dolosa.
5. **Formas imperfectas de ejecución.** Es un delito de naturaleza mixto-alternativo, basta que se realice la difusión del material pornográfico mediante cualquiera de las conductas señaladas para su consumación.
6. **Cuestiones concursales.** Puede entrar en relación a un concurso ideal de delitos con los delitos de amenazas –art. 154– o coacciones –art. 153– si es utilizada la violencia física o psíquica para la elaboración de pornografía. Sin embargo, en razón de la vaguedad de la descripción legal, que tales elementos ya formen parte del 51 LEIV, siendo hechos copenados que posteriormente queden consumidos en esta última norma citada.

#### **Art. 52.- Favorecimiento e incumplimiento de los deberes de asistencia económica.**

1. **Bien jurídico.** Este delito se relaciona con el art. 201 CP, el cual castiga a quien teniendo obligaciones alimenticias judicial o administrativamente acordadas, omite cumplir dolosamente con las mismas. Sólo que en el presente caso, se castiga a quien favorece tal incumplimiento de las obligaciones derivadas de un mandato judicial o administrativo.

En otras palabras, se castiga la cooperación en la conducta señalada en el art. 201 CP. Técnicamente, hubiera sido preferible seguir las reglas generales de la complicidad estipuladas antes en el Código Penal, que crear un delito *sui generis* como este.

Pese a esta discusión, debe reconocerse una cierta legitimidad político-criminal del delito en cuestión, en la medida que busca proteger un tipo de asistencia vital para el desarrollo de la realización personal en el caso de los hijos por ejemplo.

En otras palabras, el fundamento material que da lógica tanto al 201 CF como al 52 LEIV es la seguridad material derivada de las relaciones familiares –en particular de la obligación alimentaria– que comprende la expectativa jurídicamente fundada que puede tener toda persona a ser ayudada por sus familiares en el caso que lo necesite. Conducta que adquiere una



mayor desvaloración social al tratarse de un abandono deliberado cuando se tiene la posibilidad material de hacer frente a la prestación económica.

2. **Sujeto activo o pasivo.** Es un delito especial, ya que únicamente puede cumplir quien tiene obligaciones de atender requerimientos judiciales o administrativos en los que se soliciten estados de cuentas, nóminas salariales u otro tipo de información necesaria para establecer la capacidad económica de una persona de cara a cumplir con obligaciones de carácter familiar –contadores, pagadores públicos, etc. –.
3. **Conducta.** Es un delito que admite tanto realizaciones activas –enviar información falsa o de forma tardía– como omisiva –ocultar–. El supuesto de información falsa podría presentar ciertos problemas interpretativos con la falsedad ideológica –art. 284 CP– aunque prevalecería el 52 LEIV en razón de su especialidad. No obstante ello, lo relevante en el presente caso, es incumplir con un dictado derivado del juez o del ministerio público –FGR o PGR– que implique la revelación de ciertos datos de carácter económico de una persona a quien se le sustancie un procedimiento de carácter familiar.
4. **Tipicidad subjetiva.** Es un delito eminentemente doloso.
5. **Formas imperfectas de ejecución.** Se trata de un delito de mera actividad: basta con que no se otorgue la información, se otorgue tardíamente o se informe falsamente para su consumación. En este supuesto último, resultará irrelevante si incide o no en el procedimiento judicial o administrativo ulterior.

#### **Art. 53.- Sustracción patrimonial.**

1. **Sujeto activo y pasivo.** Reiteramos las consideraciones efectuadas anteriormente en este punto, atendiendo claramente a los fines que persigue la LEIV en su integralidad.
2. **Bien jurídico.** Nos encontramos ante una variante de un hurto de uso de una cosa mueble o inmueble cometido dentro del ámbito de una relación marital o de convivencia. Y lo identificamos como de “uso”, en la medida, que la figura no requiere el elemento característico de los delitos patrimoniales como es el ánimo de lucro. Es evidente entonces, que la *ratio* del tipo, no comprendería los casos donde exista verdaderamente un ánimo de enriquecimiento, que podrían quedar dentro de la figura básica del hurto –art. 207 CP–.

Sin embargo, en última instancia, nos encontramos siempre a una protección del patrimonio económico de la víctima, lo cual emparenta esta figura

con los clásicos delitos contemplados en el capítulo I del título VIII del Código Penal.

3. **Conducta.** Es un tipo obviamente activo, pues requiere el desplazamiento del objeto del delito de la víctima al autor.
4. **Tipicidad subjetiva.** Únicamente admite la modalidad dolosa.
5. **Formas imperfectas de ejecución.** Al ser una variante del delito de hurto, y por ser éste un delito de resultado, el tipo contemplado en el art. 53 LEIV admitiría tentativa.

#### **Art. 54.- Sustracción de las utilidades de las actividades económicas familiares.**

1. **Sujeto activo y pasivo.** Reiteramos las consideraciones efectuadas anteriormente en este punto, atendiendo claramente a los fines que persigue la LEIV en su integralidad. Y del mismo tenor de la disposición.
2. **Bien jurídico.** Es el patrimonio familiar considerado en su integralidad.
3. **Conducta.** La presente figura es conexas nuevamente a los delitos patrimoniales clásicos tales como el hurto y la apropiación indebida, con la particularidad que recae sobre los bienes que componen un patrimonio familiar sea éste o no reconocido por el ordenamiento jurídico –matrimonio, convivencia permanente, etc.–. Y supone particularmente, su incorporación al patrimonio de uno de los miembros de la pareja o su disfrute indebido en perjuicio del otro.
4. **Tipicidad subjetiva.** Es un delito que únicamente admite su comisión dolosa.
5. **Formas imperfectas de ejecución.** Si bien es un delito conexas al hurto, resulta difícilmente imaginable que pudiera existir tentativa del mismo, ya que generalmente se requiere una disposición efectiva de los réditos económicos o la demostración de su malogrado uso.
6. **Cuestiones concursales.** Pueden aparecer ciertos roces interpretativos con los clásicos delitos patrimoniales como el hurto o la apropiación indebida, los cuales habrán de resolverse conforme a las reglas generales del concurso aparente de leyes regulado en el art. 7 CP.



### **Art. 55.- Expresiones de violencia contra las mujeres.**

En este artículo se engloban una cantidad de infracciones que por su levedad debieron haber sido consideradas faltas penales y haber sido incorporadas al Libro III del Código Penal. Se trata de una selección variopinta de comportamientos que van desde: castigar expresiones de odio o menosprecio hacia las mujeres, mensajes intimidantes, segregación social por razón de género, obstaculización de oportunidades de superación para la mujer hasta compartir pornografía.

Se advierte entonces una amalgama de comportamientos disvaliosos en los que resulta difícil encontrar un hilo conductor; y más se advierte un uso desproporcionado del Derecho Penal a cuestiones que podrían ser resueltas en el ámbito del Derecho Administrativo sancionador o el Derecho Laboral.

En tal sentido, el principio constitucional de mínima intervención –el cual disciplina el uso del poder penal del Estado– sería el criterio interpretativo fundamental para la aplicación de cualquiera de estos supuestos.



## **A N E X O S**

**SENTENCIAS SOBRE FEMINICIDIO DE EL  
SALVADOR, GUATEMALA Y COSTA RICA**

**INFORMES DE RELATORAS SOBRE LA VIOLENCIA  
CONTRA LA MUJER. 2004 Y 2011**



# SENTENCIA EL SALVADOR SOBRE FEMINICIDIO

**Ref. 34-12-(4)**

**Juzgado de menores:** San Miguel, a las diecisiete horas y cuarenta minutos del día seis de mayo de dos mil doce.

Vista en juicio oral ante este Juzgado de Menores, de la causa penal No. 34/12, instruida contra los adolescentes X alias “El Panadero” de dieciséis años de edad al momento de los hechos y Z alias “Tabo”, a quienes se les atribuye el delito de FEMINICIDIO AGRAVADO, previsto y sancionado en los Arts. 45 y 46 Lit, b) de la Ley Especial Integrar para una Vida Libre de Violencia para las Mujeres, relacionado con los Arts. 2, 3, 4 y 15 de la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW), los Arts. 3, 4, 5, 6, 8, 11, 17, 22, 24 y 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos o Pacto de San José, los Arts. 1, 2, 3, 4, 6 y 7 de la Convención Interamericana para Prevenir Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención Belem do Pará); en perjuicio de D.

Conoció de la vista de causa la Licenciada \*\*\*; ha intervenido en las presentes diligencias en representación del Ministerio Público Fiscal, el Licenciado \*\*\*, en calidad de defensor particular Licenciado \*\*\*; todos mayores de edad, Abogados, del domicilio de San Miguel.

## Considerando

- I) **En lo relativo a la competencia por razón de la materia y el territorio.** Se ha actuado con competencia en razón de la materia y territorio para conocer en el presente caso, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 128, 129 No. 3 del Código Penal y 42 de la Ley Penal Juvenil.
- II) **Procedencia de la acción penal,** En cuanto a este punto se tiene que el ejercicio de la acción penal por parte de la Fiscalía General de la República, con asiento en esta ciudad, fue conforme a Derecho, con base a lo dispuesto en los Arts. 35 y 193 No. 4 de la Constitución de la República, y Art. 50 de la Ley Penal Juvenil.
- III) **Documentación que ampara el régimen de protección:** Resolución emitida por la Dirección del Área de Protección de Víctimas y Testigos de la Unidad Técnica Ejecutiva del Sector de Justicia en la que se le otorgan las MEDIDAS DE PROTECCIÓN DICTADAS A FAVOR DEL TESTIGO bajo la clave “2001”, en fecha 21-10-12, bajo número 01-0073-12-5-SM, la que fue solicitada por la Agente Auxiliar, Licenciada \*\*\*, en su calidad de Fiscal de la Unidad de Delitos Relativos a la Vida e Integridad Física, Fiscalía General de la República de esta ciudad.

## Relación circunstancial

Según relata el testigo con régimen de protección con clave “2001”, el día veinte de enero del año dos mil doce, como a las nueve horas con quince minutos aproximadamente salía del pasaje Bolaños, el cual se encuentra ubicado contiguo al Centro Escolar Milagro de la Paz, yendo de oriente a poniente, es decir subiendo una pequeña pendiente con rumbo a La Escuelita una mujer que vestía una blusa de color negro y un pantalón de color verde pálido quien iba corriendo, ya que cinco sujetos la perseguían, que tres de estos sujetos iban en bicicletas tipo montaña a quien identificaba por medio de sus apodos o alias a quienes detalla como “Vaca”, “Cachi”, “Cristian”, o “Chocho” mientras “Tabo” y “Panadero”, iban a pie detrás de la mujer, por lo que los tres sujetos que se conducían en bicicletas se le adelantaron a la mujer para que se detuviera, pero la mujer se les esquivo, subiéndose sobre la acera que está contiguo a La Escuelita y el tabo al ver que la mujer no se detenía sacó un arma de fuego de su cintura y empezó a efectuarle de uno a dos disparos, por lo que la mujer en esos momentos con la intención de refugiarse se introdujo al centro escolar en mención, ya que la puerta principal de dicho centro se encontraba abierta, por lo que “Tabo” y “Panadero”, también se introdujeron a la escuela, escuchando el testigo del interior de dicho centro escolar otra serie de disparos aproximadamente de cinco a seis, por lo que en acto seguido observa que ambos sujetos salen corriendo de la escuela y por lo que “Tabo” llevaba en su mano una arma de fuego y “Panadero” con un corvo en su mano quienes de inmediato se suben a los sostenedores conocidos como diablos de las bicicletas que portaban los otros tres sujetos, ya que ellos los esperaban fuera de la escuela sobre la calle, por lo que acto seguido salieron huyendo con rumbo desconocido al oriente.

## Descripción de las pruebas

En la presente vista de la causa ha desfilado la prueba necesaria y conducente siendo ésta la siguiente:

### I. Prueba testimonial ofrecida por la fiscalía

Doctor \*\*\*, quien al interrogatorio directo por parte de la representación fiscal manifiesta: *“Que la pericia la practicó el día veinte de enero del presente año a la señora D, el hecho fue en el aula oriente del interior del Centro Escolar Milagro de la Paz, Calle a La Escuelita, la pericia la hizo el día veinte de enero a las once horas con treinta y cuatro minutos, se hacen presente a dicho lugar, el papel de ellos es establecer si esta persona esta fallecida y si presenta signos de violencia, la encontró dentro del recinto de lo que es la escuela, se observa la posición del cadáver, en decúbito ventral, cabeza hacia el sur oriente y pies al norponiente, aclarando que decúbito ventral es decir que estaba boca abajo, el tipo de vestimenta que usa, la presentación, andaba blusa color negro, pantalón verde color menta, brazier color blanco, blúmer color salmón, lo que se probó ahí fue la ausencia de signos vitales, la ausencia de respiración, de actividades cardíacas, había ausencia de evidencias en este caso ventrales, las evidencias externas de trauma eran de dos tipos de violencia, orificios producidos por*

*proyectiles disparados por armas de fuego, y el otro tipo de lesión es por arma corto contundente, a pesar de que era por la mañana, y con condiciones favorables; el examen corporal y la observación de las lesiones, se hacen en una forma somera o forma general, y describe en general orificios de entrada y de salida, no se diferencia en entrada y salida, el cuerpo de la víctima se le observaron nueve orificios, los cuales, estaban distribuidos en región lumbar izquierda, glúteo izquierdo, región fronto temporal izquierda, mejía izquierda, habían dos orificios en el brazo izquierdo, dos orificios en el antebrazo izquierdo, uno en pared lateral izquierda del tórax, otro en el hipocondrio izquierdo, y el último en el muslo izquierdo, dijo que eran nueve pero en los numerales que describe tenla dos en el miembro superior izquierdo, eran tres orificios, en cuanto a las heridas corto contundentes eran dos y estaban ubicadas en región tempo parietal derecha, la amplitud no se determinó, la pericia la hizo a las once horas y treinta y cuatro minutos, tenía como dos a tres horas de haber fallecido, o sea que falleció como a las nueve horas aproximadamente, lo hacen en forma general, hay un protocolo de levantamiento de cadáver que es manuscrito y hay un transcrito que se hace llegar a la autoridad que lo requiere en este caso a la fiscalía, que se ve el documento transcrito y su firma, dichos documentos fueron transcritos por él y los ratifica”; al contrainterrogatorio por parte del defensor particular manifiesta: “Que cuando llegó a dicho lugar habían otras personas, que además del personal de investigaciones estaban dos personas empleadas del centro escolar, en dicho lugar, que tenia como dos horas de fallecida pero no puede dar una conclusión de lo que se hace”.*

DOCTOR \*\*\*: *“Que la autopsia se la practicó a la occisa D, el veinte de enero del dos mil doce a las quince y quince horas, las evidencias externas del trauma que presentaba eran dieciséis heridas por proyectiles disparadas por armas de fuego, de ellas nueve eran de entrada incluyendo una de entrada, es decir ocho de entrada y una de reentrada, y además de ello se encontraron siete orificios de salida, tres heridas con arma contuso cortante, las dieciséis heridas de arma de fuego se encontraban la número uno en la región adipo central derecho junto a la número dos, la número tres en la región occipital izquierda, la número cuatro en el cuello posterior, la cinco en la región lumbar izquierda, la seis en la cresta iliaca izquierda, la siete en el brazo izquierdo, la ocho en la muñeca izquierda; luego las heridas con arma contuso cedente, estaban tres heridas en la región occipital en la parte posterior de la cabeza; las heridas descritas ahora como las primeras y en el resumen las heridas en la cabeza por proyectiles son de carácter mortal las tres, al igual que las heridas por armas blanca, o sea que tanto las heridas por arma de fuego y las heridas por arma blanca son de carácter mortal, siendo todas ellas la causa directa de la muerte; la lesión que tuvo en el riñón, en el intestino delgado y el intestino grueso, también son de carácter grave, si son de carácter mortal pero antes que alcanzaran el aspecto mortal murió por las lesiones a nivel del cerebro, pero si son de carácter mortal todas las lesiones pero necesitaban más tiempo para producir la hipovolemia, o para producir la acexis, antes que llegara ese tiempo la señora habría fallecido, por eso pone como causa directa de la muerte las lesiones en el cráneo y también las de arma corto contundente, tenía de fallecida unas seis horas, a la hora de la autopsia, falleció aproximadamente a las nueve esto es aproximado tiene que ver con el calor que esté haciendo, la humedad, aproximadamente a las nueve horas, todo esto se hace constar en el reporte de autopsia, que dicho protocolo lo ratifica y está firmado por él”; al contrainterrogatorio por parte del defensor particular manifiesta: “Que la hora exacta no la puede precisar, realizan un*

*estimado, la hora exacta sólo que hayan visto el hecho, en este caso basándose en fenómenos caloríficos, la temperatura que se tiene en San Miguel, aproximadamente fue como a las nueve horas, la causa directa de la muerte fue por TRAUMA CRANEOENCEFALICO SEVERO producido por proyectiles disparados por arma de fuego y trauma contuso cortante a nivel del encéfalo, del cráneo”.*

Testigo: \*\*\*, quien al Interrogatorio directo hecho por el fiscal contesta: “*Que a las diez horas con veinticinco minutos del día veinte de enero se encontraba practicando una inspección de cadáver, en el interior del Centro Escolar Colonia Milagro de la Paz, se encontraba su persona, el señor fiscal, los técnicos del laboratorio de la Policía Nacional Civil, su función fue levantar un acta de los hallazgos, el contenido fue plasmar la dirección, los nombres de las personas, que participaron en el acto, la descripción del escenario del delito, las evidencias encontradas, y las lesiones en el cadáver, las evidencias que encontraron fueron casquillos de armas de fuego, sangre del cadáver, el cadáver era de una persona del sexo femenino de nombre \*\*\*, era un escenario mixto estaba iluminado con luz natural, clima cálido, cielo despejado, él puede consignar si fue él quien realizó dicha inspección en vista de haber firmado dicha inspección (se le muestra el Acta de Inspección Ocular), que están las firmas de todos los participantes y ratifica su firma en el Acta de Inspección”;* la defensa se abstiene de contrainterrogar.

Agente: \*\*\*, quien al interrogatorio directo por parte de la representación fiscal manifiesta: “*Que el día veinte de enero del presente año, se encontraba realizando una inspección en La Escuelita de la Colonia Milagro de la Paz, estaban sus compañeros \*\*\* y \*\*\*, realizó el trabajo de recolector, ese escenario era mixto porque había una calle y terminaba en un perímetro cerrado en una escuela, su función en el lugar era de recolector, las evidencias que recolectó fueron unos casquillos, el cadáver tenía impactos de bala y lesiones al parecer por arma blanca, la persona se llamaba D no recuerda el apellido”;* al contrainterrogatorio por parte del defensor particular manifiesta: “*Que no recuerda la hora en que llegaron era en horas de la mañana, la escena empezaba lo que es al frente de la escuelita donde están ventas afuera y adentro de la escuela, la difunta se llamaba D no recuerda el apellido de la víctima, se retiró como alrededor del mediodía no recuerda la hora exacta, su nombre es \*\*\*”.*

Agente: \*\*\*, quien al interrogatorio directo por parte de la representación fiscal manifiesta “*Que esta acá para declarar por un caso de homicidio, en su momento hubo un homicidio en la zona baja de la Colonia Milagro de la Paz, en donde un equipo de investigadores es asignado para hacer las primeras diligencias, el equipo estaba conformado por su persona y los compañeros, se comienza a buscar posibles testigos o posibles personas que hayan observado el hecho y hay personas señaladas en el lugar, como la información es reciente se empieza a concretar con las personas que puedan tener la información más exacta, hay una persona con un régimen de protección por el momento quien detalla lo sucedido, tiene en sus manos un acta policial en relación a que hay un testigo con una clave con régimen de protección y señala a dos personas, por lo que ratifica el contenido del mismo, como la información era bastante fluyente, que en ese momento andaba un equipo de uniformados trabajando pero sólo se conocían sus por sus alias o sus apodos, después de haber sido privados*

*de libertad los menores se hace un reconocimiento con tales personas y se intiman, la intimación la hace un día después del hecho, en el acta se hace constar los nombres de las personas, hace constar el nombre de la persona occisa, el acta la hizo su persona, después del hecho, ahí se hace constar que se le leen los derechos y se le hacen saber porque delitos están siendo procesados, esto se hace en el Cuerpo de Agentes Metropolitanos en un acta, pone los nombres de las personas, se hace constar el nombre de la persona ahora occisa, precisa esto por su firma tal y como consta a folios ocho del proceso, por lo que ratifica su firma en dicho documento”; al contrainterrogatorio por parte del defensor particular manifiesta: “Que el hecho sucede como a eso de las nueve a diez de la mañana aproximadamente, en ese momento se ordena a jefatura ir a trabajar en la escena del delito, inmediatamente después del hecho, acordémonos que las personas algunas veces tienen temor y siempre quieren protección, ya con esa garantía deciden declara con relación a los hechos, le detallan lo que sucedió, sucede el homicidio de una persona en forma violenta, violenta en el sentido en que hay unos sujetos que intervienen a ésta persona va paso por paso donde la alcanzan, donde la persona ingresa al interior del centro escolar, observa porque él vive en el lugar”.*

Testigo CLAVE “DOS MIL UNO”, en un lugar donde no es visto por los presentes, pero si escuchado, quien al interrogatorio directo por parte de la representación fiscal manifiesta: “Que el veinte de enero del corriente año a las nueve horas con quince minutos estaba (quiere contar como fueron las cosas desde el principio), se trasladó para ésta ciudad de San Miguel fue a esperar el bus cerca del Centro Escolar Milagro de la Paz, cuando vio que venía una mujer y tras de ella venían cinco sujetos, era una mujer no gorda, no flaca, un cuerpo normal, andaba un Short tipo pasa río, verde pálido, y una camisa negra, los sujetos venían tras de la muchacha gritándole que se parara, estos se mostraban como agresivos con la intención de hacerle algo y gritándole que se parara, la muchacha cuando escucha que le gritan que se pare corre sobre la calle principal de la cuesta del centro escolar hacia arriba, cuando corre tres de ellos lo que hacen es cruzarle una bicicleta, a uno sólo lo conoce como “Cristian”, al otro “Cachi” y al otro “Vaca”; el “Cachi” es delgado, flaco, pelo recortado, moreno, bajito, el cachi le cruzaba la bicicleta para que la muchacha no siguiera corriendo, cuando estas tres personas le cruzan la bicicleta para que no pasara la muchacha se sube a una acera que estaba sobre la calle principal, se sube al lugar para correr y esquivar lo que es las bicicletas, cuando ella se sube y los de la bicicleta ya no la pueden controlar que se pare viene “Tabo” saca un arma de fuego y se escuchan de uno a dos disparos fuera, y el “Panadero” saca un corvo, el “Panadero” solo conoce como el “Panadero”, es flaco, delgado, pelo recortado, encima una cabellera como plancha, él saca un corvo y persigue a la muchacha, sobre la calle principal del centro escolar, cuándo este muchacho “Tabo” saca un arma de fuego deja ir de uno a dos disparos, pues no sabe si le pega un disparo ahí o los dos, pero sí ella lo que hace es introducirse dentro del centro escolar, pero antes que ella ingresa al centro escolar viene el “Panadero” y le lanza un machetazo no sabe si le pega porque ella ingresó hacia adentro, y ya adentro escuchó de cinco a seis disparos, no se si se los pegan o no se los pegan, ingresa el “Panadero” y “Tabo”, las otras tres personas se encontraban fuera del centro escolar, en sus bicicletas tipo montañesas, cuando ellos salen se suben en los famosos diablos que andan las bicicletas y salen y se van del lugar, salen los dos que habían ingresado al centro escolar, los conoce como “Tabo” y el “Panadero”, éstos permanecieron en el interior del centro escolar de dos a tres minutos, las otras tres personas incluyendo

“El Cachi” cuando éstos salen del lugar proceden a manejar las bicicletas y a llevarlos a ellos no sabe hacia dónde pero si se subieron y se fueron del lugar, ellos traían en sus manos un corvo que lo manejaba el “Panadero” y el otro su arma de fuego, al “Cachi” lo vio cuando lo fue a reconocer, nombres si no los conoce solo con el alias “El Cachi”, alias el “Panadero”, y así los demás los alias nada más, al “Cachi” y al “Panadero”, los vio la última vez en las bartolinas del CAM; los hechos los observó a una distancia de diecinueve a veinte metros, estaba en medio de dos postes del pasaje Bolaños, se colocó en medio de los dos postes porque ahí no había una visibilidad de ellos hacia él, pero de su persona hacia ellos sí; cuando la perseguían le gritaban que se parara y los que iban a pie les manifestaban a los demás que si la iban a dejar ir, los que iban a pie era “Tabo” y el “Panadero”, no sabe porque les decían eso que si la iban a dejar ir, cuando él de repente vio sacar el arma de fuego al conocido como “Tabo” y el corvo el “Panadero” y si vio el seguimiento sobre ella, cuando vio eso rápido se fueron”; al contrainterrogatorio por parte del defensor particular manifiesta: “Que el hecho sucedió como a las nueve de la mañana a nueve y quince, el día no lo recuerda muy bien, ese día se dirigía al centro de la ciudad de San Miguel, al mercado, se dirigía a esperar el bus saliendo del pasaje a la cuesta del centro escolar que ahí está la parada de los buses, el rumbo no entiende de rumbos, al que le dicen “Vaca” andaba una bicicleta roja con azul montañesa, el “Cachi” andaba una montañesa color negra, andaban en bicicletas “Vaca”, “Cachi” y “Cristian”, el color de la bicicleta de “Cristian” era como color dorada, la que andaba “Cristian” era una BMX con diablos hacia atrás, y los demás montañesas, los otros dos se quedaron con “Cristian” afuera, observó eso a una distancia de diecinueve a veinte metros aproximadamente, lo que observó duro de unos cinco a seis minutos, el “Panadero” portaba un pantalón blue jeans azul, y una camisa rayada azul con blanco, “Cachi” portaba una camisa blanca con bordados como dibujos en la camisa -- OBJECIÓN, en cuanto al comportamiento del abogado defensor en razón que tiene que estar pendiente de las respuestas del testigo, ya que se ha tomado nota y se tiene cual es la vestimenta y él no puede precisar ese hecho en razón a la celeridad de las preguntas que hace; en razón que el caso es complejo se le permite al señor defensor que le aclare tomando apuntes y llevando su estrategia no pudo haber asimilado bien, que lo auxilie ya que quizás no lo anotó — el “Panadero” portaba una camisa rayada azul con blanco, y un pantalón blue jeans azul; “Cachi” portaba una camisa blanca con dibujos hacia el frente de la camisa, físicamente es delgado, bajito, pelo recortado, moreno, la cara es pequeña, filinguito, no grande, si es achinado, le calculo como de unos treinta y cinco a uno y cuarenta por ahí, al “Cachi”; el otro ‘de uno sesenta a uno sesenta y cinco’, el “Panadero” es moreno claro, cabello negro, los que iban en bicicletas en ningún momento sacan armas, no portaban armas porque no las sacaron en ningún momento, el que sacó el arma de fuego y disparó lo conoce nada más como “Tabo”, de donde se encontraba se siente, cien por ciento seguro de lo que vio, lo que vio lo vio claramente, él solo ve cuando la siguen los sujetos y logra ver que el “Tabo” le lanza no sabe si uno o dos disparos pero que si le pega afuera del centro escolar no se percata, incluso logra ver cuando el “Panadero” le lanza un machetazo, en ese momento ella se introduce dentro del centro escolar y donde escucha los disparos es adentro del centro escolar, los otros cinco a seis disparos, y no sabe si se los pega o no se los pega, escucha de cinco a seis disparos, en ese momento eran entre nueve a nueve y quince de la mañana, quien sale de la escuela con un arma de fuego es “Tabo”, solo él dispara, cuando sale el “Panadero” observa que trae un corvo, se suben en las bicicletas los dos que salen de adentro, y siguen su marcha se van del lugar, sólo ve el corvo que anda con

una vaina, TABO se sube a la bicicleta de CRISTIAN, los que jamás entran a la escuela son CACHI, VACA y CRISTIAN, al PANADERO lo conoce poco tiempo, a los demás si porque él ha vivido ahí toda la vida, al PANADERO máximo de dos a tres años, a los demás si los conoce porque siempre ha vivido en el lugar”.

## 1.2. Ofrecida por la defensa particular:

Testigo: \*\*\*, quien al interrogatorio directo por parte del defensor particular manifiesta: “*Que es taxista, tiene veinticuatro años de edad, el veinte de enero del presente año estaba arreglando el techo de la casa, no tiene hora de llegar porque ahí vive, en el lugar estaban \*\*\*, no desapareció de su vista en ningún momento, todo el tiempo estuvo ahí, él joven estaba acostado — OBJECIÓN, presume hechos; ha lugar la objeción que la defensa fundamente las bases, entre nueve a nueve y media el joven estaba dormido, en el cuarto, lo observó del techo que estaba dormido, la casa está en la séptima Avenida Sur, Colonia Guatemala, Calle Montserrat, el dispositivo policial llega en horas del mediodía, como a la una, no se retiró del lugar, no tiene interés en el caso*”; al contrainterrogatorio por parte de la representación fiscal manifiesta: “*Que su horario de trabajo es que sale a las cinco y llega a desayunar a las siete y de ahí sale otra vez a las diez y media de regreso a trabajar, labora de lunes a sábado, llega a desayunar a las siete y sale de nuevo entre las diez y media a once horas, pasa a la casa a las seis de la tarde de nuevo, el veinte de enero del corriente año se encontraba realizando labores en su vivienda, cuando observó al joven \*\* desde el techo él estaba componiendo la duralita, estaba cerca de la mitad del cuarto sin techo, observó a \*\* que estaba durmiendo en ese momento había sol, el sol no entraba al cuarto donde se encontraba el joven \*\* durmiendo, solamente él estaba arreglando el techo, estaba cambiando duralitas por las goteras, la duralita mide un metro de ancho y de largo como cuatro metros, él estaba trabajando solo en ese lugar, es padrastro del joven \*\*, tiene cinco años de estar con ellos, existe un grado de cariño con él, si desea que salga libre de este problema*”; al interrogatorio redirecto por parte del defensor particular manifiesta: “*Que no tiene interés en el caso, lo que le interesa es que el joven salga*”.

## II. Prueba Documental

**CERTIFICACIÓN DE ACTA DE INSPECCIÓN OCULAR DEL LUGAR DE LOS HECHOS**, realizada en el interior del Centro Escolar Colonia Milagro de la Paz ubicado en la calle La Escuelita, Colonia Milagro de la Paz, de esta ciudad, el día veinte de enero del corriente año, por el Agente \*\*, en la cual se hace constar que se trata de un escenario mixto, iluminado con luz natural, clima cálido observando el cuerpo de una persona del sexo femenino, ya sin vida quien respondía al nombre de D, se toman fotografías y método de fijación del lugar de los hechos y proceden al respectivo levantamiento de cadáver; lugar en el cual le encontraron las siguientes evidencias: **EVIDENCIA UNO**: muestra de mancha al parecer sangre, recolectada contiguo a la cabeza de la víctima; **EVIDENCIA DOS**: un casquillo disparado por arma de fuego, recolectado sobre el suelo; **EVIDENCIA TRES**: un casquillo de Arma de Fuego que en su base se lee cuarenta y cinco ACP, recolectado sobre el encementado, contiguo al cuerpo, del cadáver; **EVIDENCIA**

**CUATRO:** un casquillo de arma de fuego, que en su base se lee RP cuarenta y cinco auto, recolectado sobre el suelo; **EVIDENCIA CINCO:** un casquillo de arma de fuego, que en su base se lee AP cero dos cuarenta y cinco auto, recolectado sobre el suelo; **EVIDENCIA SEIS:** un casquillo de Arma de Fuego, que en su base se lee cuarenta y cinco auto, recolectado sobre el suelo; **EVIDENCIA SIETE:** un casquillo de arma de fuego que en su base se lee AP cero dos cuarenta y cinco auto, recolectado sobre el suelo frente al portón; **EVIDENCIA OCHO:** un teléfono celular marca Alcatel, color negro y gris que el cual portaba la víctima en la cartera; **EVIDENCIA NUEVE:** un proyectil de arma de fuego deformado, localizado bajo el cuerpo de la víctima; **EVIDENCIA DIEZ:** un casquillo de arma de fuego, que en su base se lee AP cero dos cuarenta y cinco auto, recolectado sobre el suelo; asimismo el forense hace el levantamiento de cadáver a las once horas con treinta y cuatro minutos, que la causa de la muerte se determinará en autopsia, quien tenía de dos a tres horas de fallecida.

**CROQUIS DE UBICACIÓN DEL ESCENARIO DEL DELITO**, realizado en el interior del centro escolar \*\*, en la calle La Escuelita, Colonia Milagro de la Paz, de esta ciudad, el día diecinueve de enero del corriente año, por el Agente \*\*, firmado y con sello de la Policía Nacional Civil de El Salvador, en el cual consta las evidencias encontradas en el escenario del delito las cuales consisten en; 1) Una muestra de charco de sangre al parecer sangre; 2) Un casquillo de Arma de Fuego; 3) Un casquillo de arma de fuego; 4) Un casquillo de arma de fuego; 5) Un casquillo de arma de fuego; 6) Un casquillo de Arma de Fuego; 7) Un casquillo de arma de fuego; 8) Un teléfono celular; 10) Un casquillo de Arma de Fuego.

**ÁLBUM FOTOGRÁFICO**, realizado en el interior de centro escolar, calle La Escuelita, Colonia Milagro de La Paz, de esta ciudad, el día veinte de Enero del corriente año, elaborado por el fotógrafo \*\*, de la Policía Nacional Civil, de El Salvador, a través del cual se ilustra, la forma en que fue encontrado el cadáver de una señora del sexo femenino, las evidencias que fueron fijadas entre estas muestra de charco al parecer sangre; varios casquillo de Arma de Fuego.

**RECONOCIMIENTOS EN FILA DE PERSONAS**, realizados en las instalaciones del Cuerpo de Agentes Municipales de esta ciudad, a las quince horas y quince minutos; en los cuales el testigo con Clave “2001”, reconoció a los adolescentes X y Z de forma positiva, como los sujetos que participaron en el delito en perjuicio de D.

**ACTA POLICIAL**, de fecha veintiuno de enero del presente año, por el \*\*, en la cual se deja constancia que el testigo clave le informa a dicho agente investigador que los adolescentes X y Z, se encuentran en el Cuerpo de Agentes Municipales de esta ciudad, y que está en la disponibilidad de colaborar con los agentes para la investigación del caso.

**AUTO RESOLUTIVO**, practicado en este juzgado con fecha veintitrés de enero de dos mil doce, mediante el cual se señala lugar, día y hora para la práctica de reconocimiento en fila de adolescentes, asimismo se autoriza al ente fiscal intimo a los adolescentes y se ordena la privación de libertad de los mismos, quienes se encontraban en esa oportunidad en el Cuerpo de Agentes Municipales de esta ciudad.

**ACTA DE INTIMACIÓN** redactada con fecha veintitrés de enero de dos mil doce, suscrita por el agente \*\*, en la cual se deja constancia de la intimación de los adolescentes X alias “El Panadero” y Z alias “Cachi”, por el delito de **FEMINICIDIO AGRAVADO**, en perjuicio de D, la que se realizó en cumplimiento a prueba anticipada emanado por este Juzgado, mediante el cual se recibe solicitud de reconocimiento en fila de adolescentes; a quienes se les hicieron saber sus derechos, así como también por los delitos que están siendo procesados.

### III. Prueba pericial

**AUTOPSIA PRACTICADA A LA VÍCTIMA**, practicado el día veinte de enero del presente año, por el médico forense \*\*, del Instituto de Medicina Legal, de esta ciudad, en la cual consta: Que se ha practicado autopsia médico legal en el cadáver de D, que fue solicitada por la Fiscalía General de la República, de esta ciudad, con un TANATOCRONODIAGNÓSTICO de seis horas; el examen corporal externo e interno reveló: *Dieciséis heridas por proyectiles disparados por arma de fuego de ellas nueve eran de entrada, incluyendo una de reentrada y siete de salida; además tres heridas con arma contusa cortante*: Que las heridas en la cabeza por los proyectiles de arma de fuego son de carácter mortal, al igual que las heridas por arma blanca, siendo todas ellas LA CAUSA DIRECTA DE LA MUERTE, fue por heridas perforantes de cráneo por proyectiles disparados por arma de fuego, heridas penetrantes de cráneo con armas contuso cortantes.

### Hechos probados

**SE ACREDITO**: Que el día veinte de enero del año dos mil doce, como a las nueve horas con quince minutos aproximadamente, contiguo al centro escolar Milagro de la Paz; rumbo a La Escuelita, la víctima D iba corriendo, ya que cinco sujetos que iban en bicicletas la perseguían.

Que los sujetos que perseguían a la víctima fueron Identificados por medio de sus apodos o alias la “Vaca”, “Cachi”, “Cristian”, o “Chocho”; “Tabo” y el “Panadero”, estos dos últimos iban a pie detrás de la víctima. Los tres sujetos que se conducían en bicicletas se le adelantaron a la mujer para que se detuviera, pero le mujer se les esquivó, subiéndose sobre la acera que esta contiguo a La Escuelita.

Que el joven “Tabo” , al ver que la mujer no se detenía saco un arma de fuego de su cintura y empezó a efectuarte de uno a dos disparos, quien se introdujo al centro escolar; que también el adolescente \*\*, “el Panadero”, le lanza un machetazo.

Ingresan a la escuela persiguiendo a la víctima dos de los cinco sujetos, siendo uno de estos el joven \*\*, en compañía de “Tabo”.

Del interior de la escuela, se escuchan aproximadamente de cinco a seis disparos.

Que ambos sujetos salen de dicho centro escolar el primero con un arma de fuego y el “Panadero” con corvo en su mano, quienes de inmediato se suben a los sostenedores conocidos como diablos de las bicicletas que portaban los otros tres sujetos, quienes los esperaban fuera de la escuela y salen huyendo.

El testigo protegido con clave “2001”, logro reconocer en fila de cinco adolescentes a los jóvenes X, el “Panadero”; y Z, alias “Cachi”.

Que la víctima D, al momento de practicada la autopsia tenía aproximadamente seis horas de haber fallecido.

Que la CAUSA DIRECTA DE LA MUERTE de la ahora occisa, fue por heridas perforantes de cráneo por proyectiles disparados por arma de fuego, y heridas penetrantes de cráneo con armas contuso cortantes.

Las lesiones tanto por arma de fuego y arma blanca ocasionadas en la víctima son consideradas muy severas.

Para cumplir con el objetivo los sujetos pasivos utilizaron dos tipos de arma, siendo estas de fuego y arma blanca (corvo).

## **Fundamentos**

### **a) Fácticos**

De lo planteado por los testigos y los peritos, más la prueba documental que se tiene incorporada al proceso, se tiene: Que el día veinte de enero del año dos mil doce, en horas de la mañana, la victima quien vestía una blusa de color negro y un pantalón de color verde pálido iba corriendo, contigoo al centro escolar Milagro de la Paz, ya que cinco sujetos la perseguían; tres de estos sujetos iban en bicicletas tipo montañesa, siendo estos los alias la “Vaca”, “Cachi”, “Cristian”, o “ Chocho” mientras “Tabo y “Panadero”, iban a pie detrás de la mujer, por lo que los tres sujetos se conducían en bicicletas se le adelantaron para que se detuviera, pero la victima se les esquivó, subiéndose sobre la acera que esta contigoo a la escolita y

“el Tabo” al ver que la mujer no se detenía sacó un arma de fuego de su cintura y empezó a efectuarlo de uno a dos disparos; que la víctima intentó refugiarse y se introdujo al centro escolar, ya que la puerta principal de dicho Centro se encontraba abierta, por lo que “Tabo” y “el Panadero”, también se introdujeron a la escuela, escuchándose en el interior de dicho centro escolar otra serie de disparos aproximadamente de cinco a seis; posteriormente ambos sujetos salen corriendo, llevando “Tabo” en su mano una arma de fuego y “Panadero” un corvo en su mano, quienes de inmediato se suben a los sostenedores conocidos como diablos de las bicicletas que portaban los otros tres sujetos, quienes los esperaban fuera de la escuela, sobre la calle, y salen huyendo rumbo desconocido; es así que se procede a la privación de libertad de ambos jóvenes, juntamente con otras personas mayores de edad; asimismo estos fueron reconocidos al practicarse Reconocimiento en Fila de personas con el testigo clave “2001” que éste logra identificarlos, como uno de los sujetos que participaron en dicho homicidio, e individualizándolos como uno de los que portaba un corvo y que andaban en bicicletas.

### **b) Jurídicos adecuación del tipo Penal**

Del análisis de la prueba vertida en juicio oral la Suscrita Juez hace la siguiente valoración a efecto de establecer los presupuestos procesales de la existencia del delito de: FEMINICIDIO AGRAVADO, tipificados y sancionados en los Artículos 45 de la LEY ESPECIAL INTEGRAL PARA UNA VIDA LIBRE DE VIOLENCIA, Femicidio: “Quien le causare la muerte a una mujer mediando motivos de odio o menosprecio por su condición de ser mujer, será sancionado con prisión de veinte a treinta y cinco años, se considera que existe odio o menosprecio a la condición de mujer cuando ocurra cualquiera de las siguientes causas: a) Que a la muerte le haya precedido algún incidente de violencia cometido por el autor contra la mujer, independientemente que el hecho haya sido demasiado o no por la víctima; b) Que el autor se hubiere aprovechado de cualquier condición de riesgo o vulnerabilidad física o psíquica en que se encontraba la mujer víctima. c) Que el autor se hubiere aprovechado de la superioridad que le generaban las relaciones desiguales de poder basadas en el género; d) Que previo a la muerte de la mujer el autor hubiera cometido contra ella cualquier conducta calificada como delito contra la libertad sexual; e) Muerte precedida por causa de mutilación; las agravantes la prevé la referida ley en el Art, 46 literal b) “Si fuere realizado por dos o más personas”.

### **Existencia del delito**

El delito de Femicidio, en perjuicio de la vida de la ahora occisa D, para tener por acreditado dicho ilícito es menester que esté presente “el odio o menosprecio”, por lo que debe ampararse el odio de forma implícita o explícita, de los que la misma ley nos enmarca las diversas circunstancias en las que se podría dar, señalándose por el ente fiscal el lit. b) del citado artículo y al considerar las Reglas de Brasilia (100 Reglas de Brasilia sobre el acceso a la justicia de las personas en

condición de vulnerabilidad) lo que se va entender por vulnerabilidad: “Estado o condición en el que se encuentran personas que por razón de su edad, **género**, (la negrilla es propia) estado físico o mental o por circunstancias sociales, económicas étnicas o culturales”, considerándose en el presente caso las segundas de las circunstancias del III b) previamente enunciado como es condición de vulnerabilidad física, entendiéndose por esta “Condición en la que se encuentran las personas en razón de su edad, género, estado físico y mental, o por circunstancias sociales, económicas, étnicas y/o culturales, por su condición, encontrando dificultad para ejercitar con plenitud ante el sistema de justicia los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico”. Nótese que en el presente caso nos encontramos en un cuadro en el que son cinco sujetos los que intervienen en un primer momento a la víctima, rodeándola tres de ellos en bicicleta, si en verdad los evadió de estas, no así de los disparos que se efectuaron al notar que esta se estaba escapando de los que la intervenían, por lo que puede verse la relevante limitación que esta tuvo, al ser atacada con arma de fuego; por lo que dada su vulnerabilidad respecto a su género, ha quedado demostrada la forma como fue sorprendida la víctima (mujer) sin que haya podido evitar el daño ocasionado contra su vida, por lo que de lo expuesto y al considerarse encaja la conducta en **feminicidio**; respecto a la agravante del Art. 46 lit. b), se logra acreditar la concurrencia más de dos personas con la declaración del testigo con régimen de protección, quien efectivamente señala a cinco personas (masculinos) que sorprenden a la víctima, como además puede extraerse del reconocimiento médico forense de cadáver y la autopsia, ambos practicados por el médico forense \*\*, en la audiencia de vista de causa ratificó las mismas y determinó que la causa de la muerte de la occisa fue por producida por: Heridas perforantes de cráneo por proyectiles disparados por arma de fuego, heridas penetrantes de cráneo con armas contuso cortantes; con lo cual se vislumbra que por el tipo de lesiones encontradas utilizaron para dar muerte a la víctima dos tipos de armas, estas circunstancias aventajaba el resultado en el plan propuesto por los sujetos activos del delito, puesto que eran cinco hombres, los que seguían a D, (mujer) y una vez fue neutralizada se le asesto tanto machetazos como disparos de arma a aquella; lo que ha quedado plenamente evidenciado, además de la prueba a la que se ha hecho referencia, con la prueba Documental consistente en Acta de Inspección de Cadáver y del Lugar donde sucedieron los hechos, con el álbum fotográfico en el que se evidencia las lesiones que presentaba la víctima.

*Existencia del ilícito que se tiene por acreditada bajo los elementos tipos que se han descrito conforme a las disposiciones que ampara dicha conducta de la citada ley, está en consonancia a lo regulado en la Convención Interamericana Para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, (BELEM -DO PARA), Convención Sobre la Eliminación de todas formas de discriminación contra La Mujer, Convención Americana sobre Derechos Humanos, (Pacto San José), ya que en estos tratados internacionales el Estado de El Salvador se compromete a través de las Políticas Públicas a favor de los derechos de la Mujer, dándoles cumpliendo a la Protección integral de los Derechos de las Mujeres aun después de su muerte.*

## Bien jurídico protegido

“*LA VIDA HUMANA e INTEGRIDAD FÍSICA*”, el cual está en correspondencia con lo establecido en el Art: 2 de la Constitución de la República, estando dentro de los derechos y garantías fundamentales de la persona, y dentro de los derechos Individuales se considera a la vida como el más importante de los bienes de la persona, aunado a que en nuestro país se-reconoce a la persona humana como el origen y el fin de la actividad del Estado, en consecuencia tiene la obligación de proteger este bien jurídico, como lo es la vida, con primacía constitucional y mediante la creación de leyes que castiguen a todo aquel que atente contra dicho bien; y en el caso en concreto fue vulnerado en la ahora occisa D.

## La participación delincencial

### a) Autoría

Se ha inmediado la prueba testimonial de cargo con la cual se determina la coautoría por parte de los adolescentes X, alias “El Panadero” y Z, alias “Tabo” de conformidad al Art. 33 del Código Penal; *AUTORES DIRECTOS O COAUTORES* “*Son autores directos los que por sí o conjuntamente con otro u otros cometen el delito*”, dicha calidad encaja en virtud que de la prueba testimonial se ha demostrado que estos en compañía de las otras tres personas, atajaban y seguían a la víctima, concluyéndose que mientras el primero de los jóvenes le lanza el primer machetazo y entra a la escuela donde se escucharon además los disparos que le producían a la víctima, el segundo de los jóvenes esperaba junto a otros dos con sus respectivas bicicletas al joven \*\* y al adulto, por lo que es procedente atribuir la calidad de estos como coautores.

### b) Participación

Haciendo uso de las Reglas de la Sana Crítica como lo son la Lógica, la Experiencia y la Razón Natural, en cuanto a este extremo procesal la Suscrita Juez, del cuadro fáctico, planteado y al ser cotejada, una a una la prueba se determina que estas encajan entre sí, al demostrarse las circunstancias de tiempo, forma y lugar. Por otra parte considera la Suscrita, otorgar validez probatoria a la prueba testimonial, respecto al delito que se atribuye, ya que al vincularse está a la documental y especialmente la pericia, guardan armonía de forma coherente y lógica construyendo las razones suficientes y que han sido concluyentes entre sí de forma unívoca, las cuales han revelado y acreditado suficientemente un hecho indicado y demostrado por parte de la representación fiscal como es el llegar a una conclusión verdadera, ya que el día veinte de enero del año dos mil doce, el testigo bajo clave “2001” observo como a las nueve horas con quince minutos aproximadamente, a inmediaciones del Centro Escolar Milagro de la Paz, cinco sujetos perseguían a la víctima D, tres de estos iban en bicicletas tipo montañesa, siendo estos los que se relacionan con el alias La “Vaca”, “Cristian”, o “Chochó” y el adolescente X, alias

“Cachí”, mientras “Tabo” y Z, alias “Panadero”, iban a pie detrás de la víctima, la actitud de los tres sujetos que se conducían en bicicletas fue adelantarse para que se detuviera la víctima, pero la víctima se les esquivo, subiéndose sobre la acera que esta contiguo a La Escuelita y sin embargo el “Tabo” al ver que la mujer no se detenía saco un arma de fuego de su cintura y empezó a efectuarte de uno a dos disparos; mientras que X, “el Panadero”, le lanza un machetazo, la víctima intentó refugiarse y se introdujo al centro escolar, introduciéndose a la escuela también “Tabo” y X “el Panadero”, escuchándose en el interior de dicho Centro Escolar otra serie de disparos (cinco a seis); posteriormente estos salen, llevando “Tabo” en su mano una arma de fuego y X “el Panadero”, un corvo en su mano, quienes de inmediato se suben a los sostenedores conocidos como diablos de las bicicletas que portaban los otros tres sujetos, quienes los esperaban fuera de la escuela; señalamiento que efectivamente el testigo al momento de declarar refiere los alias de estos, cuya declaración está respaldada con los respectivos Reconocimiento en Fila de Personas, en los que los adolescentes X y Z, fueron reconocidos por el referido Testigo; Clave “2001”, consecuentemente la prueba ventilada provoca en la Suscrita Juez un estado intelectual de certeza positiva, de la participación de los mismos en el hecho punible.

En lo anteriormente expuesto en la mentalidad de la suscrita existen las razones suficientes para tener por establecida la participación de los adolescentes X alias “el Panadero” y Z, alias “Cachí”, por el delito de FEMINICIDIO AGRAVADO, en calidad de COAUTORES, por lo siguiente: La prueba de cargo, testimonios, prueba documental y pericial, conducen de una forma indiscutible a establecer circunstancias de tiempo, espacio y forma en cómo el ilícito se produjo.

Siendo coincidente el cuadro fáctico y jurídico demostrado en la audiencia, con el pretendido por el Ministerio Público Fiscal, quien ha demostrado la culpabilidad de los adolescentes incoados, en el cometimiento de dicho ilícito, ya que esta ha sido la suficiente para persuadir a la Juzgadora y anular la posibilidad de la certeza negativa o de la duda razonable, en razón que ha existido actividad probatoria, esta ha sido de cargo y se obtuvo respetando las reglas del debido proceso, capaz de desvirtuar la presunción de inocencia de los adolescentes.

En cuanto a las inconsistencias que advirtió el abogado defensor para no tener credibilidad en el testigo, se advierte que las mismas no han sido las suficientes, puesto que el testigo bajo clave “2001” fue claro al referir que no sabía de rumbos, que en la entrevista (no es prueba) se refieren los distintos rumbos, cabe enfatizar que la misma es suscrita por un investigador el cual dada la naturaleza de su trabajo si está en la condición de conocer de los mismos, en ese sentido al declarar el testigo se ha ubicado por la cuesta que está cerca de la escuela de la colonia Milagro de la Paz de esta ciudad, y en el Interior de dicha escuela; en ese sentido se ha contado con la prueba documental consistente en Inspección técnica Ocular y con el croquis de ubicación, las que son coherentes con lo depuesto en su declaración. Otro punto que aborda es con respecto a las características brindadas por el testigo,



las que no son coincidentes con el carne de minoridad de los jóvenes, circunstancia que no es compatible para restar credibilidad al testigo, puesto que este ha brindado características según su apreciación y el documento es suscrito por la alcaldía que lo acredita; por último, en cuanto a no haber recordado la fecha el testigo, no es motivo para considerarse que no es creíble su declaración, en virtud que dado su nivel cultural es creíble que no recuerde fecha exacta, distinto hubiese sido que el testigo se ubicara o diera una fecha distinta.

Se advierte que el convencimiento que la prueba ha arrojado y con la misma tener por acreditada la hipótesis fiscal, la que no fue posible desacreditarla con la prueba de descargo, en virtud de que esta no fue esencialmente suficiente para las pretensiones de la defensa, al considerarse que el testigo tiene un fuerte vínculo con el adolescente X, puesto que es su padrastro, por lo que se advierte el interés de beneficiar al joven ubicándolo en un lugar diferente al hecho; circunstancia que fue abordada por el ente fiscal y evidentemente no encaja con lo declarado por el joven quien en ningún momento refirió que le había ayudado a trabajar en la reparación del techo a su padrastro, sin hacer mención alguna que se haya estado haciendo esta labor.

## **Circunstancias personales de los adolescentes**

### **a) Responsabilidad por el hecho**

Se entiende que la conducta de los adolescentes al no ser justificada, es formalmente antijurídica y no solo por haber violentado el orden normativo, sino por haber violentado el bien jurídico objeto de protección; lo que en el presente caso se ha visto lesionado, como es LA VIDA, por lo que vertida la prueba tanto testimonial como documental y pericial según el Artículo 87 de la Ley Penal Juvenil y valorada la misma conforme el Artículo 95 de la referida ley se tienen por establecidos los presupuestos procesales de la existencia del delito y la participación de los jóvenes en su calidad de coautores, en el hecho delictivo que se les imputa, por lo que se, vuelve procedente declararlos responsable al joven X y establecida la conducta antisocial del joven Z.

### **b) Informe del equipo multidisciplinario**

#### **b.1. Adolescente X**

**ASPECTO SOCIAL:** “Adolescente proveniente de hogar desintegrado por el abandono del padre, cuando se encontraba con pocos años de vida, quedando bajo la guarda de la madre quien le ha brindado apoyo efectivo y económico, no ejerciendo control y dominio”, No es miembro de mara, no tiene vicios, no estudia por no gustarle, se dedicaba a trabajar en compañía del grupo familiar en venta de comidas y, bebidas en las ferias utilizando lo que gana para gastos personales, no estudia por dedicarse a trabajar, comparte con amigos de la comunidad y no

se dan cuenta a que se dedica cuando sale de la vivienda, diciendo también que jamás ha llegado bajo efecto de droga, ni licor a la casa, no se hace acompañar de personas ajenas a la familia, ni les han llegado a dar quejas de su conducta fuera de la vivienda. En visita realizada a la comunidad pudimos comprobar que la vivienda es propiedad del señor \*\* donde tiene de residir aproximadamente un año, cuenta con energía eléctrica, agua pozo, las fuentes colaterales manifestaron que \*\* dentro, de la comunidad no genera problemas, le gusta compartir con los vecinos, nunca lo han visto bajo efecto de droga ni licor, pero manifestaron que fuera de la comunidad no saben a qué se dedica, ni quiénes son sus amigos”.

**ASPECTO PSICOLÓGICO:** Se determinó que el joven proyecta rasgos e indicadores PARANOIDES y ANSIEDAD, sin alteración de la conducta, posee interés por realizar actividades laborales e intelectuales, se inclina por satisfacer rasgos egocéntricos y por relacionarse con personas dedicadas al ocio y a la vagancia, lo anterior no le beneficia su desarrollo de identidad individual y colectivo, pues da lugar a rasgos de ocultamiento compulsivo que se exteriorizan en la interrelación defensiva, los que afectan severamente las áreas emocionales y psicosociales en el referido adolescente.

**ASPECTO PEDAGÓGICO:** Muestra un ritmo normal de aprendizaje, interrumpió sus estudios por falta de recursos económicos y posiblemente por la poca motivación escolar cuando cambio de domicilio, en la actualidad desea reanudar la escolaridad hasta concluir el Bachillerato, pero sabe que las carencias económicas familiares limitan sus posibilidades, por ello su meta inmediata de vida es dedicarse a trabajar.

## **b.2. Adolescente Z**

**ASPECTO SOCIAL:** “Adolescente proveniente de hogar desintegrado, por la emigración del padre a los estados Unidos, está acompañado maritalmente desde hace un año, no procreando hijos no estudia, ha trabajado esporádicamente en diferentes lugares. Actualmente se encuentra privado de libertad en el centro de reinserción de Tonacatepeque, recibiendo visita cada ocho días”,

**ASPECTO PSICOLÓGICO:** Se determinó que el joven proyecta rasgos e indicadores ANSIEDAD, sin alteración de la conducta, posee interés por realizar actividades laborales e intelectuales, se inclina por satisfacer rasgos egocéntricos y por relacionarse con personas dedicadas al ocio y a la vagancia, lo anterior no le favorece su desarrollo de identidad individual y colectivo, pues da lugar a rasgos de ocultamiento obsesivo compulsivo que se exteriorizan en la interrelación defensiva, los que afectan severamente las áreas emocionales y psicosociales en el referido adolescente.

**ASPECTO PEDAGÓGICO:** “Comenzó la Educación Básica a los siete años de edad, en el Centro Escolar \*\*”, lugar donde estudió de primero a tercer grado;

mostrando un ritmo lento de aprendizaje, posiblemente por su poca motivación escolar y por no recibir la autoridad necesaria para que permaneciera en el sistema educativo; en la actualidad desea reanudar la escolaridad hasta concluir el Bachillerato, la familia está dispuesta a ayudarlo.

### **c) Acreditación de edad**

La edad de los encausados se tienen por establecidas a través de la CERTIFICACION DE PARTIDA DE NACIMIENTO y PROTOCOLO DE EDAD MEDIA, la primera extendida por la Alcaldía Municipal de esta ciudad, y el segundo por el Instituto de Medicina Legal de esta ciudad, en los cuales constan: Que el joven X, tiene la edad de DIECISEIS y Z CATORCE AÑOS de edad, al momento de los hechos, conforme a los articulo 2 y 26 de la Ley Penal Juvenil.

## **Ajuste de la medida**

### **a) Cualitativa**

Reunidos los presupuestos básicos y analizados cada uno de estos, se hace necesario analizar la medida a imponer a los adolescentes y sin dejar de omitir que la medida de privación de libertad procede cuando la pena mínima señalada en la legislación común, tenga una pena mínima superior a los dos años en la legislación penal común y en el caso que nos ocupa se cumple el mínima exigido, ya que el delito de FEMINICIDIO AGRAVADO, previsto y sancionado en los Arts. 45 y 46 Lit. b) de la Ley Especial Integrar para una Vida Libre de Violencia para las Mujeres, tiene una pena de 30 a 50 años de prisión; observando que de las recomendaciones dadas por el Equipo Multidisciplinario de este Juzgado, en los Estudios Psicosociales practicados a éstos, hacen énfasis que es necesario que se les oriente y ayude para que recuperen la motivación escolar y logren culminar la Educación Básica y el Bachillerato; que mediante la incorporación a programas previamente determinados, reciban atención y/o asistencia psicológica acorde al problema de personalidad que en la actualidad manifiestan; y que el grupo familiar siga brindándoles apoyo como hasta ahora y controlen con efectividad las actividades que realizan y las personas de las que se hacen acompañar dentro y fuera de la comunidad; recomendaciones de las cuales no se aparta la Juzgadora, y con base a lo que consagra el Art. 32 Inc. 3°. de la Ley Penal Juvenil, concurriendo que la enunciada Ley, tiene como finalidad velar por la formación integral de los adolescentes para reinsertarlos a la familia y la sociedad en responsabilidad, se considera procedente dada la gravedad del hecho que se les imputa decretarles la medida de Internamiento, medida que no debe ser la regla general, sin embargo ante el comportamiento de los jóvenes en el cometimiento el hecho y ser uno de los delitos considerados graves, medida con la cual se pretende además que los jóvenes asuman verdadera responsabilidad de sus actos, se involucren en actividades que brinda el centro con el objetivo de que se reinserten de manera positiva a la familia

y a la sociedad, todo en base, a los principios rectores previstos en el Art. 3 de la Ley Penal Juvenil.

### **b) Cuantitativa**

En lo relativo a la Individualización de la pena a imponer, es necesario tomar en consideración el comportamiento realizado por los jóvenes para determinar el quantum de la pena, el tipo penal objeto de estudio tiene como pena de prisión de treinta a cincuenta años, en tal caso y conforme al Art. 15 de la Ley Juvenil, la mitad de la pena en el presente delito equivaldría a quince años como mínimo” y de veinticinco años como máxima; debiéndose cumplir además lo dispuesto en dicha disposición, en su inciso último, el cual obliga al Juez a ordenar el internamiento hasta por un término cuyos mínimo y máximo serán la mitad de lo establecido como pena de privación de libertad en la legislación penal, respecto de cada delito, que en el presente caso al ser un delito de los enunciados en dicha disposición en los que es posible imponer una pena desde los siete años hasta quince años; en el presente, caso se advierte que a los jóvenes se les ha acreditado la edad por medio de Partida de Nacimiento y Edad Media, en las que figuran que tienen dieciséis y catorce años de edad respectivamente, por lo que la juzgadora en base al Art. 17 inc. 1° de la LPJ, que prevé que no podrá imponerse más de cinco años de pena para aquellos jóvenes que no hubieren cumplido dieciséis años al momento de los hechos; por lo que teniendo por acreditada con toda certeza la edad de estos, resulta procedente tener por establecida la conducta antisocial del joven X, y Responsable al joven Z, definida esta circunstancias se prosigue con la pena a imponer tomando como parámetro además el principio de proporcionalidad de la pena, Art. 63 C, reflejándose en el presente caso los numerales 1, 3 y 4 en virtud de haberse acreditado la extensión del daño, al haberse culminado con el bien jurídico protegido como era la vida de la víctima D, los jóvenes según el estudio psicosocial están en la facultad de reconocer lo lícito de lo ilícito y por último se denota que las circunstancias sociales, económicas y culturales de los adolescentes, no son del todo desfavorables, no obstante que no cuentan con su padre, pero han contado con el apoyo de sus madres, no han continuado estudiando por inclinarse a labores productivas, denotase en el caso del joven X que este se dedica a trabajar en compañía de su guardadora en la venta de comida de feria en feria, lo que permite advertir que el ambiente en el que este se relaciona no es el más idóneo por su edad en la que es proclive para que no se interese por los estudios y se dedique a relacionarse con personas que lo incitan a cometer actos delictivos, con lo cual en este aspecto se advierte la vulnerabilidad del referido joven, por lo que siendo que la Ley Juvenil, ha previsto los parámetros de la pena a imponer en esta clase de ilícitos (feminicidio vrs. homicidio) resulta procedente imponer SIETE AÑOS contra el joven X y CINCO AÑOS contra el adolescente pena máxima en razón de su edad, por lo que no es necesario valorar las circunstancias del Art. 63 C. Pn., dicha pena la cumplirán bajo la medida DE INTERNAMIENTO para ambos y SIETE AÑOS DE LIBERTAD ASISTIDA e IMPOSICION DE REGLAS DE CONDUCTA, para el primero, siendo que la medida de internamiento debe ser

por el menor tiempo posible y advertida que fue su vulnerabilidad hace posible que sea merecedor de medidas en sistema abierto, con las cuales se potenciará la confianza en el adolescente a la sociedad a la cual sigue perteneciendo.

Con base a las razones antes expuestas, disposiciones legales citadas y a los artículos: 1, 2, 3, 11, 12, 13, 15, 34,35 y 144 de la Constitución de la República; 1, 2, 3, 5, 8, 9, 12, 15 inc. último,17, 32, 33,83 y sig., 95,lit a) y b), numerales 2° de la Ley Penal Juvenil, 1, 2, 3, 4, 5, 6, 33, 63 del Código Penal, 45 y 46 Lit. b) de la Ley Especial Integral para una Vida Libre de Violencia para las Mujeres; 2 y 3 Convención Sobre: la Eliminación de todas formas de discriminación contra La Mujer, 1, 2 lit. b), 3, 4 lit. a) y 7 Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, (BELEM DO PARA), 3, 4 No. 1, 5, 7, 24 y 25 Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto San José), 1, 2, 3, 4, 6, 9, 10, 11, 12, 16, 135, 136, 137, 143, 144, 174 y sig., 179, 209, 227, 395, 396, 397 y 399 del Código Procesal Penal 1, 2, 3, 4, 9, 10, 121, 130, 162, 172, 185 y sig., 191, 196 parte segunda, 348, 357, 358, 359 y 361 del Código Procesal Penal; 1 y 40 de la Convención sobre los Derechos del Niño, 417 y 427 del Código de Procedimientos Civiles; en nombre de la República de El Salvador FALLO:

**DECLARASE RESPONSABLE** al adolescente X, y **ESTABLECIDA LA CONDUCTA ANTISOCIAL** del adolescente Z , por el delito de **FEMINICIDIO AGRAVADO**, en perjuicio de D, bajo las medidas definitivas de **INTERNAMIENTO** por el termino de **SIETE AÑOS AL PRIMERO** y **CINCO AÑOS AL SEGUNDO**, la cual deberán cumplir en el Centro de inserción Social de Tonacatepeque, Departamento de San Salvador; y las medidas de **LIBERTAD ASISTIDA E IMPOSICION DE REGLAS DE CONDUCTA**, por el termino de **SIETE AÑOS, PARA EL PRIMERO**, consistiendo la primera de estas en:

“Otorgar la libertad al adolescente, obligándose a éste a cumplir programas educativos, a recibir la orientación y el seguimiento del Juzgado, con la asistencia de especialistas y personas con conocimientos o aptitudes en el tratamiento del adolescente y especialmente en la problemática que en la actualidad presentan”.

La segunda en: “La determinación de obligaciones y prohibiciones que la Juez ordena al adolescente”, es la siguiente:

1. Deberá continuar estudiando ya sea en la modalidad a distancia o en la nocturna;
2. Deberá dedicarse a labores productivas;
3. Deberá evitar la compañía de personas que lo induzcan a cometer delitos;

Medidas que serán vigiladas y controladas por el Juzgado de Ejecución de Medidas al Menor de esta ciudad, a quien deberá remitirse certificación de la

presente resolución, una vez quede firme la misma, así como informarse al Director del referido centro de internamiento.

Si no se recurriere de esta resolución dentro del término de Ley declarase ejecutoriada la misma. Hágase saber.

# SENTENCIA GUATEMALA SOBRE FEMINICIDIO

EXPEDIENTE 3009-2011

CORTE DE CONSTITUCIONALIDAD, INTEGRADA POR LOS MAGISTRADOS ALEJANDRO MALDONANDO AGUIRRE, QUIEN LA PRESIDE, MAURO RODERICO CHACÓN CORADO, HÉCTOR HUGO PÉREZ AGUILERA, GLORIA PATRICIA PORRAS ESCOBAR, CARMEN MARÍA GUTIÉRREZ DE COLMENARES, MARÍA DE LOS ANGELES ARAUJO BOHR Y JUAN CARLOS MEDINA SALAS: Guatemala, veintitrés de febrero de dos mil doce.

Se dicta sentencia en la acción de inconstitucionalidad general parcial promovida por Romeo Silverio González Barrios contra los artículos 5, 7 y 8 de la Ley contra el femicidio y otras formas de violencia contra la mujer, Decreto 22-2008 del Congreso de la República. El accionante actuó bajo SU propio patrocinio y de los abogados Werner Danilo de León Pleítez y Pablo Seúl Lopez Reyes. Es ponente en el presente asunto el Magistrado Vocal I, Mauro Roderico Chacón Corado, quien expresa el Parecer del Tribunal.

## ANTECEDENTES

### I. Fundamentos jurídicos de la impugnación

Lo expuesto por el accionante se resume: a) el Decreto 22-2008 del Congreso de la República, Ley contra el femicidio y otras formas de violencia contra la mujer, colisiona con disposiciones constitucionales, específicamente con el derecho a la igualdad y el mandato de imperio de la ley. Si bien es cierto que en distintos hogares existe violencia verbal, física, psicológica y económica, es imprescindible establecer los mecanismos tendientes a su erradicación, lo que no sucede al regular delitos y establecer tribunales especiales que se ocupen de juzgar sólo a los hombres, siendo necesario, más bien, analizar las verdaderas causas que originan el problema; b) la violencia intrafamiliar también afecta al género masculino, como se pone de manifiesto en las estadísticas del Centro Nacional de Análisis y Documentación Judicial, en las que se revela que en dos mil diez, de cincuenta y siete mil denuncias de violencia intrafamiliar, en cuatro mil ochocientos noventa y un casos el agredido fue el esposo. Lo anterior, sin contar los casos en que, debido al machismo y a los prejuicios sociales existentes, los hombres no presentan denuncias, prefiriendo callar y sufrir en silencio la opresión de la que han sido víctimas; c) la violencia que sufre la sociedad ha tenido su origen desde la existencia del hombre, viniendo aparejada con el incumplimiento de los mandatos divinos, como se refleja en distintos pasajes bíblicos; d) el artículo 5 del cuerpo legal que se objeta regula que los delitos contenidos en los artículos 7 y 8 de este último son de acción pública; sin embargo, no corresponde al Estado la persecución de tales ilícitos, pues las instituciones de la familia y el matrimonio, así como las rela-

ciones entre parejas, son de índole privado, correspondiendo sólo a los particulares afectados ejercer las acciones pertinentes para reclamar la tutela de sus derechos. Dicha norma colisiona con el artículo 29 constitucional, pues debe ser la víctima del delito, o su representante legal, quien lo denuncie o ponga en conocimiento de la autoridad competente, sin que pueda negársele el derecho a desistir o renunciar de la acción ejercida, a perdonar al sujeto activo del ilícito o a llegar a cualquier clase de convenio con él, siempre que no se viole el orden público; e) los artículos 5, 7 y 8 de la Ley que se impugna transgreden los artículos 1, 4, 12, 44, 47, 66 y 175 de la Constitución, pues se establecen sanciones que recaen, exclusivamente, sobre los hombres. La regulación contenida en la Ley objetada conlleva un trato discriminatorio en perjuicio del género masculino, pues, aunque su emisión obedezca a la intención de elevar a la mujer a la condición del hombre, la protección que regula es sólo para aquélla; en efecto, una ley que trata a hombres y mujeres en forma desigual menoscaba el ejercicio de los derechos humanos reconocidos, lo que afecta el fortalecimiento del Estado de Derecho; f) los artículos 7 y 8 impugnados, al tipificar los delitos de violencia contra la mujer y violencia económica contra la mujer, propician el rompimiento de la familia, desprotegiéndola social, económica y jurídicamente, pues se establece la pena de prisión únicamente para el hombre. El cuerpo legal impugnado trata en forma desigual al hombre frente a la mujer, penalizando únicamente a aquél respecto de actos de violencia física, psicológica y económica, sin tomar en cuenta la existencia de legislación anterior que tiende a la prevención de estos problemas, como lo son la Ley para prevenir, sancionar y erradicar la violencia intrafamiliar, Decreto 97-96, y la Ley contra la violencia sexual, explotación y trata de personas, Decreto 9-2009, sin que exista motivo alguno que justifique esa doble regulación. La igualdad es un derecho constitucionalmente garantizado que exige que, sin excepciones ni privilegios, situaciones iguales sean tratadas normativamente de la misma forma, sin establecer diferencias entre hombres y mujeres, pues ello quebranta el mandato supremo; g) la Ley que se objeta es inconstitucional pues no regula sanción alguna para las mujeres que cometan actos de violencia física, verbal, psicológica o económica; asimismo, la Corte Suprema de Justicia, conforme a lo prescrito en dicho cuerpo legal, creó tribunales especiales prohibidos constitucionalmente, habiendo nombrado a jueces cuya función es sancionar únicamente a los hombres. A ese respecto, los miembros de estos tribunales debieron ser electos por el Congreso de la República, como lo manda el artículo 217 constitucional. Por otro lado, la Corte Suprema de Justicia aprobó un protocolo sobre la referida Ley, sugiriendo a los jueces que decreten prisión preventiva para los hombres que sean procesados en virtud de ésta, lo que ocasiona evidente desigualdad; y h) la Ley cuya constitucionalidad se cuestiona no toma en cuenta que Guatemala está formada por diversos grupos étnicos, inobservando las formas de vida, costumbres y tradiciones de éstos, en especial de los grupos indígenas de ascendencia maya. Solicitó que se declare con lugar la acción instada.

## II. Trámite de la inconstitucionalidad

No se decretó la suspensión provisional de las normas impugnadas. Se confirió audiencia por el plazo de quince días al Estado de Guatemala, al Congreso de la República, a la Coordinadora Nacional para la Prevención de la Violencia Intrafamiliar y en contra de la Mujer (CONAPREVI) y al Ministerio Público. Oportunamente se señaló día y hora para la vista, la que se realizó en forma pública.

## III. Resumen de las alegaciones

A) El Estado de Guatemala, por medio del abogado Guillermo Austreberto Carranza Taracena, en quien el Procurador General de la Nación delegó su representación, señaló: a) el postulante no efectuó la comparación respectiva entre la ley ordinaria que impugna y las disposiciones constitucionales que denuncia infringidas. Al referirse a los artículos 7 y 8 del cuerpo legal que objeta, el accionante se limita a hacer hincapié en las penas que se regulan como consecuencia de la comisión de los delitos tipificados; b) si bien las penas referidas han sido previstas para defender a la mujer frente a los delitos que en el seno materno cometan los hombres, es necesario tener en cuenta que la Ley que ahora se cuestiona fue emitida en virtud de los tratados internacionales suscritos por el Estado, los que son de ineludible cumplimiento. Así, la no inclusión de mecanismos de protección para los hombres que podrían ser víctimas de violencia obedece a que se trata de un cuerpo legal especial, originado de los compromisos internacionales que en materia de violencia contra la mujer ha adoptado el Estado; y c) los hombres que sufren violencia no se encuentran desprotegidos, en tanto pueden instar la persecución y sanción de las mujeres que atenten contra su dignidad. Solicitó que se desestime el planteamiento de inconstitucionalidad. B) El Congreso de la República, por medio de su Mandatario Judicial con Representación, Miguel Ángel Hernández Sagastume, indicó: a) el solicitante se limita a señalar que las normas impugnadas violan preceptos constitucionales, sin concretar razón jurídica alguna que justifique su planteamiento, lo que denota que éste carece de los elementos que permitirían emitir un pronunciamiento respecto del fondo del asunto; b) la Ley que se cuestiona ha sido emitida atendiendo a la desigualdad existente en la sociedad guatemalteca, la que afecta a la mujer, habiendo actuado el legislador en procura de proporcionar a ésta las herramientas necesarias para su efectiva dignificación; c) el cuerpo legal que se impugna no atenta contra el derecho a la igualdad, pues responde a la necesidad de otorgar tratamiento distinto a situaciones diferentes, basada en justificaciones razonables de acuerdo a los valores que la Constitución recoge. Así, la violencia económica por ejemplo, es consecuencia de un problema social, originado de las relaciones desiguales entre hombres y mujeres en los ámbitos económico, jurídico, político y cultural; d) el Estado de Guatemala, al ser parte de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer y de la Convención interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer, se obligó a adoptar las medidas legislativas adecuadas para modificar o derogar aquellas leyes, reglamentos, usos y prácticas que consti-

tuyan discriminación contra la mujer; y e) es función del Estado la protección de la familia; en tal sentido, al regular que el delito de femicidio es de acción pública, se garantiza el bienestar, la integridad y la protección de la familia, así como el derecho a la igualdad de las personas. Solicitó que se declare sin lugar la acción promovida. C) La Coordinadora Nacional para la Prevención de la Violencia Intrafamiliar y en contra de la Mujer (CONAPREVI), por medio de su Directora Ejecutiva, Samara Fabiola Ortiz Martínez, alegó: a) corresponde a CONAPREVI la función asesora y coordinadora de las políticas públicas en materia de prevención y erradicación de la violencia intrafamiliar y contra las mujeres, así como verificar el cumplimiento por parte del Estado de los compromisos adquiridos a nivel internacional en este ámbito. En tal sentido, la emisión de la Ley que ahora se impugna se ha sustentando en la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer y la Convención interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer; b) la regulación que dispone que los delitos de violencia contra la mujer en sus distintas modalidades son de acción pública obedece a que este ilícito atenta contra bienes jurídicos que requieren particular protección del Estado, debiendo agregar que ese tipo de violencia ha sido reconocido como problemática de seguridad ciudadana, de salud pública y de violación a los derechos humanos. La violencia contra la mujer puede presentarse en el ámbito público o privado, como se pone de manifiesto en la Declaración y plataforma de acción de Beijing y en la Declaración sobre la eliminación de la violencia contra la mujer, es decir que trasciende de la esfera privada, motivo por el cual los Estados están obligados a reprimir tal problema, como lo ha hecho Guatemala. Aunado a lo anterior, el accionante no concreta de qué manera el artículo 5 impugnado inobserva la norma del artículo 29 constitucional, incumplimiento las exigencias de este tipo de planteamientos; c) el cuerpo legal controvertido ha sido aprobado por el Congreso de la República para lograr la armonización de la legislación nacional con los instrumentos internacionales de los que el Estado es parte, como se pone de manifiesto en la exposición de motivos de la iniciativa de ley identificada con el número tres mil setecientos setenta (3770), que dio origen a la referida Ley. En dicha exposición de motivos se reconoce la situación de desigualdad y desventaja en que se ubican las mujeres guatemaltecas, lo que motivó la emisión de la normativa atacada; d) la violencia contra las mujeres es utilizada como mecanismo para coartar su autonomía y mantenerlas en situación de subordinación, existiendo un mayor desvalor en la comisión de este tipo de delitos. En estos ilícitos hay un odio manifiesto hacia el sexo femenino (misoginia), basado en razones que atienden a una construcción errada de género, enmarcándose dentro de los denominados “crímenes de ¿dio”, que deben su origen a las asimetrías y desigualdades entre los sexos, causa de la discriminación contra las mujeres. Por ende, resulta imperativa la tipificación de estas conductas antisociales y la aplicación efectiva de las normas que así lo regulan, procurando el resarcimiento y reparación a las víctimas. Lo anterior justifica la emisión de la Ley objetada, la que no contraviene el derecho a la igualdad constitucionalmente garantizado, en tanto se persigue erradicar la violencia contra las mujeres, equiparando las desigualdades que han existido; y e) en su planteamiento, el accionante no realiza

el análisis comparativo de rigor Conforme lo ha exigido en', distintos planteamientos la Corte de Constitucionalidad, lo que apareja, la inviabilidad de la impugnación. Solicito que se declare sin lugar la inconstitucionalidad promovida. O) El Ministerio Público refirió: a) el accionante no llevó a cabo la confrontación exigida entre las normas ordinarias que impugna y los preceptos de la Constitución que denuncia infringidos, limitándose a enunciar cuestiones fácticas y apreciaciones eminentemente subjetivas que no sustituyen el razonamiento jurídico que amerita este tipo de planteamientos. Tal omisión impide llevar a cabo el análisis pretendido, concerniente a la compatibilidad entre la regulación objetada y las normas constitucionales; b) el cuerpo legal cuya legitimidad constitucional se cuestiona es producto de los compromisos internacionales asumidos por el Estado; en tal sentido, no tiene sustento alguno la afirmación que hace el postulante en cuanto a que no existe un interés público en la persecución de los delitos de femicidio y violencia contra la mujer, interés que, existiendo, se dirige a erradicar este tipo de atentados contra la dignidad e integridad del género femenino; c) las normas objetadas no conculcan el derecho a la igualdad, pues la tipificación de los delitos referidos se produce ante el aumento desmedido de violencia hacia las mujeres, como manifestación de las relaciones de poder históricamente desiguales entre los hombres y aquéllas; así, el Estado ha pretendido prevenir, sancionar y erradicar dicho problema mediante la emisión de la normativa que ahora se cuestiona, adoptando las medidas necesarias, tanto en el campo judicial, como en el administrativo; y d) resulta injustificado afirmar que por tradición o costumbre se permita la violencia contra la mujer, en tanto es preciso erradicar las causas sociales que fomentan y toleran este flagelo, sustituyendo toda costumbre misógina y machista que vulnere los derechos de las mujeres por conductas que tiendan a proteger su vida e integridad física y emocional. Solicitó que se desestime la acción promovida.

#### **IV. Alegatos en el día de la vista**

A) El accionante no alegó. B) El Estado de Guatemala, por medio del abogado Guillermo Austreberto Carranza Taracena, en quien el Procurador General de la Nación delegó su representación, reiteró lo expuesto al evacuar la audiencia conferida. Solicitó que declare sin lugar la acción promovida. C) El Congreso de la República, por medio de su Mandatario Judicial con Representación, Miguel Ángel Hernández Sagastume, indicó reiterar lo expuesto en su escrito de evacuación de audiencia. D) La CONAPREVI, por medio de su Directora Ejecutiva, Samara Fabiola Ortiz Martínez, ratificó lo expreso al evacuar la audiencia conferida, agregando que la expulsión del ordenamiento jurídico de las normas impugnadas significaría un retroceso para la justicia penal en Guatemala, pues es conocida la situación de desigualdad en que se han encontrado las mujeres en la sociedad por su condición de tales, lo que les ha impedido el ejercicio de muchos de los derechos que les son inherentes, cuestión que la normativa que ahora se objeta, en coherencia con los compromisos adquiridos por el Estado a nivel internacional, tiende a erradicar. Añadió que el cuerpo legal cuya constitucionalidad se cuestiona, además de reconocer los principios contenidos en los instrumentos

internacionales sobre la materia, los que se encuentran en armonía con los principios constitucionales, establece los mecanismos que permiten a las mujeres el acceso a la justicia, los instrumentos que posibilitan la sanción de los actos de violencia en su contra y las vías para hacer efectivo su derecho a la reparación y al resarcimiento. Por último, refirió que es indudable el aumento, de la violencia en contra de las mujeres en la sociedad actual, y para que el Estado no sea cómplice, por su inactividad y tolerancia ante tales delitos, se hace necesaria la emisión de las normas tendientes a la erradicación de aquellas conductas. Solicitó que la acción promovida sea declarada sin lugar: D) El Ministerio Público además de ratificar los argumentos vertidos en su escrito de evacuación de audiencia, alegó que el accionante no indicó de qué forma la normativa atacada vulnera las disposiciones constitucionales, limitándose a exponer cuestiones subjetivas, fácticas y religiosas que no evidencian la inconstitucionalidad aducida, lo que determina la inviabilidad del planteamiento. Asimismo, señaló que las conductas descritas en los tipos penales de violencia contra la mujer y violencia económica contra la mujer afectan bienes jurídicos fundamentales, siendo éstos el derecho a la libertad, a la igualdad, a la seguridad y a la integridad física de las mujeres, los que merecen, indudablemente, la protección jurídica mediante el Derecho Penal por tratarse de bienes jurídicos personalísimos reconocidos por el texto constitucional en los artículos 1º, 3º y 4º, aunado a que el ordenamiento jurídico, previo a la emisión de las normas impugnadas, no les proveía una protección efectiva, dada la magnitud de los actos de violencia contra el género femenino. Agregó que la regulación de los referidos delitos, al contemplar como sujeto pasivo únicamente a las mujeres, no afecta al derecho a la igualdad, pues mediante la normativa cuestionada se ha pretendido corregir la desigualdad que históricamente ha sufrido dicho género, es decir, la situación de exclusión cuya máxima expresión es la violencia de la que ha sido víctima. Señaló también que los delitos contemplados en la Ley contra el femicidio y otras formas de violencia contra la mujer son de acción pública debido a la relevancia de los bienes jurídicos tutelados, aunado a que, al consumarse tales ilícitos en virtud de las relaciones desiguales de poder entre hombres y mujeres, es posible que mediante Intimidación, amenaza o coacción por parte del sujeto activo, la víctima desista de la acción ejercida, sin dejar de lado que la magnitud de tales conductas exige que el Estado asuma dicho problema como asunto de seguridad pública y que la protección penal en este ámbito no sólo abarca a la víctima directamente afectada, sino también al resto de mujeres que son receptoras de un mensaje derivado de los actos de violencia ejercidos contra su género, refirió que la protección a la familia no puede ser una excusa para que el Estado no intervenga y permita así que en su seno se ejerzan actos de violencia, en cambio, los integrantes de la familia merecen la protección jurídica y, en este caso, del Derecho Penal. Añadió que la normativa objetada conlleva el cumplimiento, por parte del Estado de Guatemala, de los compromisos internacionales adquiridos en esta materia. Solicitó que se desestime la inconstitucionalidad promovida, que se condene en costas al interponente y que se imponga multa a los abogados auxiliares.

Es función esencial de la Corte de Constitucionalidad, la defensa del orden constitucional, estando instituida como el órgano competente para conocer de las

impugnaciones promovidas contra leyes, reglamentos o disposiciones de carácter general objetadas total o parcialmente de inconstitucionalidad.

En su labor, el Tribunal, a efecto de hacer prevalecer la supremacía de la Constitución Política de la República como ley fundamental del ordenamiento jurídico guatemalteco, procede al estudio analítico respectivo, dirigido a determinar si la normativa que se impugna infringe o no las disposiciones de aquélla. En tal sentido, de existir razones sólidas que demuestren en forma indubitable la transgresión al texto fundamental por contravención o inobservancia de los derechos, valores y demás preceptos que éste reconoce, garantiza o contempla deberá efectuarse la declaratoria respectiva, quedando sin vigencia la norma inconstitucional; en caso contrario, de no apreciarse el vicio denuncia desestimación de la pretensión deviene imperativa.

## -II-

Romeo Silverio González Barrios cuestiona la constitucionalidad de determinadas normas contenidas en la Ley contra el femicidio y otras formas de violencia contra la mujer, Decreto 22-2008 del Congreso de la República; para el efecto, señala el accionante que los artículos 5, 7 y 8 del citado cuerpo legal colisionan con los artículos 1º, 4º, 12, 29, 44, 47, 66, 175 y 217 de la Constitución Política de la República de Guatemala.

Como cuestión previa al análisis comparativo pretendido entre la normativa ordinaria objetada y las disposiciones constitucionales que se aducen infringidas, es menester verificar el cumplimiento, por parte del accionante, del requisito a que alude el artículo 135 de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad, consistente en la exigencia de expresar en forma razonada y clara los motivos jurídicos en que descansa la impugnación, requerimiento que es reiterado por el artículo 29 del Acuerdo 4-89 de la Corte de Constitucionalidad.

En tal sentido, las demás partes a las que les ha sido conferida intervención en el trámite de la inconstitucionalidad han señalado que el planteamiento carece de la confrontación que haría posible la emisión de un pronunciamiento en cuanto al fondo del asunto en discusión. A ese respecto, aprecia el Tribunal que tales señalamientos son parcialmente válidos, como se hace notar en las líneas siguientes.

En efecto, el postulante afirma que las normas impugnadas vulneran los artículos 1º, 44, 47, 66 y 175 constitucionales, sin explicar, siquiera someramente, los motivos en que se basa tal aseveración. Del mismo modo, se indica en el escrito de interposición que la ley objetada no respeta las formas de vida, costumbres y tradiciones de las comunidades indígenas (folio siete reverso de dicho escrito), pudiendo presumir que es éste el contexto del que se desprende la aludida conculcación al artículo 66 constitucional. No obstante, la sola enunciación de la objeción de inconstitucionalidad no basta en acciones como la que se resuelve, siendo necesario

que el interesado concrete, mediante argumentaciones expresas, las razones en que apoya su impugnación; en otras palabras, le es exigible al interponente exponer con claridad y precisión la confrontación necesaria entre la norma infraconstitucional que se cuestiona y los preceptos de la ley suprema que se alegan vulnerados, haciendo manifiesta la ilegitimidad de aquélla, precisamente, por contravenir los mandatos de la Constitución.

Dicha exigencia, como la estrictez que rige en su constatación, se fundamentan en la naturaleza misma de la garantía instada, en tanto sólo de evidenciarse la inobservancia o tergiversación de las disposiciones constitucionales es dable declarar la nulidad ipso jure de la regulación impugnada, la que, como sucede en el presente caso, ha sido emitida por el Organismo del Estado dotado de legitimidad democrática para ejercer la función legislativa; así, los motivos que sustenten un pronunciamiento de esta envergadura han de encontrarse taxativamente contenidos en las argumentaciones expresadas por quien impugna, estándole vedado al Tribunal Constitucional ejercer labor alguna dirigida a suplir o complementar dicho planteamiento, pues de hacerlo, ;además de poner en riesgo la imparcialidad que debe guiar su actuación, podría interferir indebidamente en las funciones que desde la Constitución le han sido conferidas órganos específicos del poder público.

Así las cosas, le advierte que el postulante dirige toda la discusión en torno a la inconstitucionalidad, de los artículos 7 y 8 de la citada Ley a la situación de desigualdad y discriminación que, a su juicio, se genera a partir de su regulación, alegando la vulneración del derecho consagrado en el artículo 4° constitucional en perjuicio del género masculino. Esta concreta denuncia, al igual que la relativa a la incompatibilidad entre el artículo 5 del cuerpo legal de mérito y el artículo .29 constitucional, sí ameritan ser analizadas por el Tribunal, en tanto el solicitante concretó la tesis en que apoya su impugnación.

En consecuencia, se procederá únicamente al examen de los motivos específicos referidos con anterioridad, omitiendo el de aquellos respecto de los cuales, conforme a lo indicado, se ha advertido el incumplimiento del requisito concerniente a la expresión del razonamiento jurídico en que se funda la acción promovida.

### - III -

Para los efectos pertinentes, el estudio a realizar sigue el orden de los motivos invocados por el solicitante en su escrito de interposición.

En cuanto a ello, cabe señalar que las objeciones de inconstitucionalidad que el interesado endilga a la normativa de la Ley contra el femicidio y otras formas de violencia contra la mujer, Decreto 22-2008 del Congreso de la República, han sido, en esencia, expresamente abordadas y resueltas en anteriores pronunciamientos del Tribunal Constitucional; en efecto, al conocer en segundo grado de los planteamientos de inconstitucionalidad de ley en caso concreto identificados con los

números de expedientes tres mil noventa y siete - dos mil diez.(3097-2010) y cuatro mil doscientos setenta y cuatro - dos mil nueve (4274-2009), se efectuó el examen acerca de la constitucionalidad de la regulación contenida en el cuerpo legal de mérito a partir de argumentaciones que coinciden, precisamente, con los motivos que aduce el ahora accionante.

En tal virtud, el análisis que prosigue se apoya, sustancialmente, en las consideraciones efectuadas al emitir los pronunciamientos recaídos en los planteamientos antes identificados, consideraciones que son reiteradas en esta sentencia por revestir el criterio que mantiene el Tribunal, sin dejar de lado que, habiendo sido asumidas en virtud del examen en abstracto de las normas atacadas y de las razones de su impugnación (es decir, de un análisis “como punto de derecho”, según lo demanda el artículo 143 de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad), son ciertamente útiles para decidir, a su vez, la inconstitucionalidad de carácter general promovida. Lo anterior, sin perjuicio de aquellas acotaciones que se estime pertinente efectuar para la mejor intelección del fallo que se emite.

Pues bien, señala el accionante que el artículo 5 de la Ley objetada, al disponer que los delitos contemplados en los artículos 7 y 8 —violencia contra la mujer y violencia económica contra la mujer— del mismo cuerpo legal son de acción pública, infringe el artículo 29 constitucional, pues concierne sólo a la víctima del ilícito el ejercicio de la acción respectiva, vedándole dicha regulación su derecho a desistir o renunciar a ésta, a perdonar o a llegar a cualquier acuerdo con el sujeto activo del delito, siempre que no se afecte el orden público.

En cuanto a ello, vale indicar que al dictar la sentencia de doce de enero de dos mil once, recaída en el expediente tres mil noventa y siete - dos mil diez (3097-2010), el Tribunal se pronunció respecto de la inconstitucionalidad de la frase “son de acción pública”, contenida en el Artículo 5 que ahora se impugna, habiendo desestimado el planteamiento en congruencia con los motivos que a continuación se explican.

Así, se consideró en dicha resolución que las conductas reveladoras de violencia contra la mujer —que en la Ley atacada encuentran acogida en los delitos tipificados, precisan-lente, en los artículos 7 y son definidas doctrinariamente como estructurales e institucionales, es decir que se trata de prácticas aprendidas, conscientes y orientadas, “producto de una organización social estructurada sobre la base desde (sic) la desigualdad entre hombres y mujeres”. Ante ello, no cabe duda que la denuncia de la víctima, por considerarse convencionalmente que el problema pertenece a la esfera privada de las personas, ha sido un acto consentido por la misma sociedad hasta hace no mucho tiempo.

De esa cuenta, la Convención interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer, conocida también como Convención de Belém do Para, de la que Guatemala es parte, establece en su artículo 7: “Los Estados

Partes condenan todas las formas de violencia contra la mujer y convienen en adoptar, por todos los medios apropiados y sin dilaciones, políticas orientadas a prevenir, sancionar y erradicar dicha violencia y en llevar a cabo lo siguiente: [...] c. incluir en su legislación interna normas penales, civiles y administrativas, así como las de otra naturaleza que sean necesarias para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer y adoptar las medidas administrativas apropiadas que sean del caso; [...] f. establecer procedimientos legales justos y eficaces para la mujer que haya sido sometida a violencia, que incluyan, entre otros, medidas de protección, un juicio oportuno y el acceso efectivo a tales procedimientos; g. establecer los mecanismos judiciales y administrativos necesarios para asegurar que la mujer objeto de violencia tenga acceso efectivo a resarcimiento, reparación del daño u otros medios de compensación justos y eficaces, y h. adoptar las disposiciones legislativas o de otra índole que sean necesarias para hacer efectiva esta Convención.” (el resaltado no aparece en el texto original).

En tal sentido, la regulación contenida en el instrumento internacional destaca el interés que para la comunidad internacional y para cada uno de los Estados Parte supone la erradicación de toda práctica de violencia contra la mujer, incluyendo aquellas conductas que se susciten en el ámbito privado, es decir, como lo conceptualiza el artículo 3, inciso b), de la Ley objetada, conductas que se desarrollen en el contexto de “las relaciones interpersonales domésticas, familiares o de confianza”, en las que el agresor “es el cónyuge, ex cónyuge, conviviente o ex conviviente de la víctima, con quien haya la víctima procreado o no”, “el novio o ex novio, o pariente de la víctima”.

En congruencia con lo anterior, no es infundado ni arbitrario que el legislador configure los delitos de violencia contra la mujer, sea física, sexual, emocional o psicológica, o económica, como ilícitos ante cuya comisión el Ministerio Público, en ejercicio de la acción penal pública y en representación de la sociedad (artículos 251 de la Constitución, 24 Bis y 289 del Código Procesal Penal), está obligado a proceder de oficio, impidiendo que se produzcan consecuencias ulteriores y promoviendo la investigación para requerir el enjuiciamiento del responsable.

Aunado a lo expuesto en la sentencia citada, cabe agregar que la regulación de tales conductas antisociales calló-delitos de acción pública encuentra respaldo en la relevancia de los bienes jurídicos cuya protección se persigue: la integridad y dignidad de la mujer, como se puso de manifiesto en la sentencia de cuatro de octubre de dos mil once, expediente cuatro mil doscientos setenta y cuatro - dos mil nueve (4274-2009), conceptos que abarcan, asimismo-, la tutela del derecho a su desarrollo integral y, como hizo ver la Fiscal General de la República y Jefe del Ministerio Público en la vista pública celebrada, también la tutela de la libertad, la seguridad y la igualdad de la mujer.

Conforme a ello, es indiscutible la relevancia constitucional de tales bienes jurídicos, los que el Estado está obligado a proteger no sólo por virtud de la norma-

tiva interna (artículos 1º, 2º, 3º, y 4º. constitucionales), sino también en orden a los compromisos internacionales adquiridos por el Estado de Guatemala, cuestión que quedó evidenciada con la transcripción de parte del texto de la referida Convención.

Por otro lado, como igualmente lo destacó el Ministerio Público en sus alegaciones, el contexto en el que se desarrollan las conductas tipificadas como delitos de violencia contra la mujer y violencia económica contra la mujer es el propio de las relaciones de poder o confianza, en el que la víctima podría estar ubicada en condición de desigualdad frente al sujeto activo (artículos 1 y 3, inciso g), de la Ley en cuestión), situación que haría factible, por su propia naturaleza y características, que éste último, valiéndose del control o dominio que ejerce, no sólo continúe ejecutando la conducta lesiva, sino que impida a aquélla denunciar el hecho e instar así la persecución penal por parte del órgano acusador del Estado, o que, a la postre, la incite, mediante intimidación o coacción, a desistir o renunciar al ejercicio de la acción, escenario en el cual, de configurarse como ilícitos de acción pública dependiente de instancia particular, se haría nugatoria la protección que la legislación que tipifica esos delitos intenta proveer, con la consecuente imposibilidad, para la víctima, de acceder al órgano jurisdiccional para reclamar la tutela y ejercicio de sus derechos, en concordancia con la garantía dispuesta por el artículo 29 de la Constitución.

Como corolario, la regulación contenida en el artículo 5 objetado no contrae la norma constitucional aludida.

#### - IV -

Denuncia el solicitante que los artículos 7 y 8 de la Ley contra el femicidio y otras formas de violencia contra la mujer conllevan vulneración al derecho a la igualdad reconocido en el artículo 4º de la Constitución, en tanto sitúan al hombre en situación de desigualdad frente a la mujer, regulando un trato discriminatorio en su perjuicio.

A ese respecto, es menester traer a colación el criterio vertido por el Tribunal al dictar la sentencia de cuatro de octubre de dos mil once (expediente cuatro mil doscientos setenta y cuatro - dos mil nueve), antes citada, en la que abordó el análisis acerca de la supuesta inconstitucionalidad, por vulneración al precepto del artículo 40 del texto supremo, de la tipificación del delito de violencia contra la mujer, en el supuesto de violencia psicológica o emocional (artículos 3, incisos j) y m), y 7 de la Ley, pero cuyas consideraciones son también aplicables, en lo que al derecho a la igualdad se refiere, a los supuestos de violencia física o sexual (artículos 3, incisos j) i), y n), y 7) y económica (artículos 3, incisos j) y k), y 8).

Pues bien, en la resolución de mérito estimó el Tribunal que se hacía preciso indagar sobre los fundamentos en que se apoyó el legislador para la emisión del

cuerpo legal que se impugna, para así proceder al análisis sobre la aludida discriminación en que, a partir del texto normativo, se ubica el hombre respecto de la mujer.

Para tales efectos, es menester aludir al “Considerando” tercero del Decreto 22-12008, Ley contra el femicidio y otras formas de violencia contra la mujer, que señala: “Que las mujeres guatemaltecas tienen derecho al reconocimiento, goce, ejercicio y protección de todos los derechos humanos y las libertades consagradas en la Constitución Política de la República e instrumentos internacionales en materia de derechos humanos, y que el problema de violencia y discriminación en contra de las mujeres, niñas y adolescentes que ha imperado en el país se ha agravado con el asesinato y la impunidad, debido a las relaciones desiguales de poder existentes entre hombres y mujeres, en el campo social, económico, jurídico, político, cultural y familiar, por lo que se hace necesario una ley de prevención y penalización”.

Así, el legislador parte, como fuente material de la norma que emite, de una realidad que afirma en su “Considerando», relativa a la existencia de una problemática de “violencia y discriminación” contra mujeres, niñas y adolescentes, que ha ocurrido en Guatemala y que, incluso, se ha visto agravada en los últimos tiempos, y cuya causa (entre otras que podrían deducirse) estriba en las relaciones desiguales de poder existentes entre hombres y mujeres”, manifestándose tal desigualdad en los ámbitos social, económico, jurídico, político, cultural y familiar.

En tal contexto, el legislador previó la necesidad de emitir una normativa tendiente a hacer efectiva la “prevención y penalización” de aquellas conductas que constituyan violencia contra la mujer (tanto física y sexual, como psicológica y económica), atendiendo, primero, a que en el plano nacional es una realidad y, lamentablemente, una constante que ha venido en aumento, la comisión de actos de violencia ejecutados en menosprecio de la mujer, derivados de las relaciones desiguales de poder entre hombres y mujeres.

Cuestión de suma importancia lo constituye el hecho que la violencia contra la mujer se genera, conforme a las consideraciones del legislador, como producto de esa desigual relación de poder que existe entre personas de distinto sexo. En tal sentido, el cuerpo normativo que se impugna, en su artículo 3, inciso g), recoge un concepto de relaciones de poder, refiriendo que se trata de “manifestaciones de control o dominio que conducen a la sumisión de la mujer y a la discriminación en su contra”.

De esa cuenta, por esa relación desigual de poder entre hombre y mujer, el legislador se propuso reprimir un comportamiento violento contra esta última, frecuente en el contexto social actual, y que bien puede obedecer a un patrón cultural que de generación en generación promueve y arraiga la existencia de un trato discriminatorio y de sumisión en perjuicio del género femenino.

En ese orden de ideas, en la ya mencionada sentencia de doce de enero de dos mil once (expediente tres mil noventa y siete - dos mil diez), se hizo cita de lo expresado por el Tribunal Constitucional español al emitir el fallo cincuenta y nueve / dos mil ocho (59/2008), de catorce de mayo de dos mil ocho, en el que refirió: “No resulta reprochable el entendimiento legislativo referente a que una agresión supone un daño mayor en la víctima cuando el agresor actúa conforme a una pauta cultural (...) un efecto añadido a los propios del uso de la violencia en otro contexto. Por ello, cabe considerar que esta inserción supone una mayor lesividad para la víctima: de un lado, para su seguridad, con la disminución de las expectativas futuras de indemnidad, con el temor a ser de nuevo agredida; de otro, para su libertad, para la libre conformación de su voluntad, porque la consolidación de la discriminación agresiva del varón hacia la mujer en el ámbito de la pareja añade un efecto intimidatorio a la conducta, (...) hace más perceptible ante la sociedad un menosprecio que la identifica con un grupo menospreciado. No resulta irrazonable entender, en suma, que en la agresión del varón hacia la mujer que es o fue su pareja se ve peculiarmente dañada la libertad de ésta; se ve intensificado su sometimiento a la voluntad del agresor y se ve peculiarmente dañada su dignidad, en cuanto persona agredida al amparo de una arraigada estructura desigualitaria que la considera como inferior, como ser menores competencias, capacidades y derechos a los que cualquier persona merece”.

Por ende, es evidente el fundamentó del legislador para asumir la necesidad de protección de la integridad, física, sexual y psicológica de la mujer, en especial, en el contexto social nacional, en el que fenómenos de esa violencia obedecen -por lo menos así lo es en la mayoría de los casos, como se pone de manifiesto en algunos de los dictámenes presentados por quienes comparecieron en el trámite de la inconstitucionalidad en calidad de *amicus curiae*- a las relaciones desiguales de poder entre hombres y mujeres.

En cuanto a ello, en la exposición de motivos de la iniciativa de ley identificada con el número de registro tres mil setecientos setenta (3770), que fuera presentada al pleno del Congreso de la República y a raíz de la cual se emitió la Ley contra el femicidio y otras formas de violencia contra la mujer, se señala: “Las actitudes tradicionales, según las cuales se subordina a las mujeres o se les atribuyen funciones estereotipadas reproducen y mantienen prácticas que conllevan violencia. Y ésta pone en peligro la vida y la salud de las mujeres. La violencia contra la mujer constituye un acto de discriminación y es una violación de los derechos humanos”.

Por otro lado, el legislador advierte que en las condiciones actuales imperantes en Guatemala, la mujer se encuentra insuficientemente protegida, haciendo meritoria la emisión de normas que, además de prevenir los actos de violencia en su contra, repriman su comisión mediante la imposición de sanciones de naturaleza penal. Así, en la referida exposición de motivos se indica: “Es ampliamente reconocido que los derechos de las mujeres, fueron concebidos históricamente como

un particular del universal masculino y bajo una concepción de las mujeres como ciudadanas de segunda categoría. Esta concepción tiene tal arraigo que, pese a la sanción de instrumentos jurídicos internacionales de derechos humanos con disposiciones relevantes para la protección de las mujeres contra actos de violencia, en la República de Guatemala, las mujeres siguen siendo víctimas de violencia, llegando a su mayor expresión en los asesinatos de mujeres”.

Por último, íntimamente relacionado con lo antes expuesto, también el legislador ha previsto que la emisión de la normativa que ahora se impugna responde a un compromiso internacional asumido por el Estado de Guatemala, cuestión que se observa de lo recogido en el “Considerando” segundo de la Ley: “Que Guatemala aprobó por medio del Decreto Ley Número 49-82 la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer, y a través del Decreto Número 69-94 la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, y como Estado Parte se obligó a adoptar todas las medidas adecuadas para modificar o derogar leyes, reglamentos, usos y prácticas que constituyan discriminación contra la mujer, y emitir todas aquellas leyes necesarias para tal fin.”

Pues bien, una vez evidenciados esos tres elementos asumidos por el legislador: la situación actual de violencia que sufre la mujer en Guatemala, la insuficiente protección a nivel normativo y los compromisos internacionales adoptados por el Estado, el Congreso de la República estimó la oportunidad y conveniencia —cuestiones que por obedecer a la palta legislativa asumida por ese Organismo estatal no pueden ser discutidas o cuestionadas por el Tribunal— de aprobar el cuerpo normativo que se objeta, dentro del cual tipificó, en sus artículos 7 y 8 (normas específicamente impugnadas), los delitos de violencia contra la mujer y violencia económica contra la mujer.

En lo que concierne al derecho a la igualdad, este Tribunal, en el pronunciamiento de veintiuno de junio de mil novecientos noventa y seis (expediente seiscientos ochenta y dos - noventa y seis) consideró: “El edículo 4o de la Constitución Política de la República establece en su primer párrafo que en Guatemala todos los seres humanos son libres e iguales en dignidad y derechos. El concepto de igualdad así regulado estriba en el hecho de que las personas deben gozar de los mismos derechos y las mismas limitaciones determinadas por la ley. Sin embargo, ese concepto no reviste carácter absoluto, es decir, no es la nivelación absoluta de los hombres lo que se proclama, sino su igualdad relativa, propiciada por una legislación que tienda a la protección en lo posible de las desigualdades naturales. Así, la igualdad ante la ley consiste en que no deben establecerse excepciones o privilegios que excluyan a unos de lo que se concede a otros en iguales circunstancias, sean éstas positivas o negativas; es decir, que conlleven un beneficio o un perjuicio a la persona sobre la que recae el supuesto contemplado en la ley; pero ello no implica que no pueda hacerse una diferenciación que atienda factores implícitos en el mejor ejercicio de un determinado derecho. Lo que puntualiza la igualdad es

que las leyes deben tratar de igual manera a los iguales en iguales circunstancias, sin que ello signifique que los legisladores carezcan de la facultad de establecer categorías entre los particulares siempre que tal diferenciación se apoye en una base razonable y sea congruente con el fin supremo del Estado”.

De esa cuenta, el criterio vertido en el pronunciamiento citado, que en términos generales ha sido el sostenido y reiterado por la jurisprudencia constitucional, denota el carácter no absoluto del concepto de igualdad a que alude el artículo 4o constitucional —aspecto que fue reiterado unánimemente por quienes han intervenido en el presente trámite—, de manera que el derecho que esta norma garantiza no exige simplemente un mismo trato legal para todos los ciudadanos, sino determina que, ante situaciones que revelen disparidad de las condiciones o circunstancias existentes (objetivas o subjetivas), el legislador está en posibilidad de observar tales diferencias a fin de que su reconocimiento legal y, por ende, la regulación de un tratamiento diferenciado, resulte eficaz para el aseguramiento de los valores superiores que inspiran al texto constitucional y, a la vez, para el logro de los fines que éste impone a la organización social. Cabe añadir que ese desigual tratamiento legal debe no sólo justificarse en la existencia de condiciones objetivas o subjetivas efectivamente distintas entre una y otra situación, sino que, más que ello, ha de perseguir la garantía del ejercicio de los derechos y la realización de los valores que determinan la razón de ser del Estado, como causas fundamentales que hacen exigible —sino imperativa— una disímil regulación normativa ante las diversidades constatadas.

En tal sentido, al abordar el estudio del motivo de impugnación, se hace necesario determinar si la disposición objetada, al regular un distinto tratamiento respecto de hombres y mujeres, responde razonablemente a una realidad distinta entre éstos o no y, con ello, si su diferenciación atiende a los objetivos antes mencionados.

Así las cosas, como cuestión primera, se hace necesario hacer una remisión a los temas abordados con anterioridad, en cuanto a los motivos que impulsaron al legislador, para tipificar los delitos de violencia contra la mujer y violencia económica contra la mujer. Por cuanto existe una realidad apreciablemente distinta que en el contexto social determina un trato discriminatorio y desigual en perjuicio de la mujer, generador de violencia en sus diferentes facetas y apoyado en patrones culturales que tienden a ubicar al sexo femenino en situación de subordinación frente al hombre, los que desde una perspectiva democrática es innegable que deben ser superados.

En tal sentido, aprecia el Tribunal que existe una justificación, sustentada en una problemática social real, que determina y hace exigible un trato disímil entre hombres y mujeres en lo que a la prevención y penalización de la violencia en su contra se refiere. De esa cuenta, el legislador no asume —como la experiencia social lo demuestra— que exista un condicionamiento social o cultural que ubique

al hombre en situación de vulnerabilidad, por discriminación o violencia, como si sucede con la mujer.

Pues bien, una vez referida la existencia de una situación objetivamente desigual entre hombres y mujeres, que es lo que fundamenta la existencia de tipos penales específicos que protegen a la mujer contra la violencia física, sexual, psicológica o económica ejercida en su contra, resulta más que evidente que la protección penal que brinda la norma persigue un fin constitucionalmente legítimo: garantizar la integridad y dignidad de la mujer, así como su desarrollo integral y el efectivo ejercicio de sus derechos a la igualdad, a la seguridad y a la libertad. Como se hiciera ver al analizar el primer motivo de inconstitucionalidad, el fin perseguido se enmarca en los valores superiores reconocidos en los artículos 1º, 2º, 3º y 4º constitucionales, aunado a que la protección de la integridad y dignidad de la mujer es un elemento ineludible para garantizar, a la vez, la protección de la maternidad (artículo 52) y, con ello, de la familia (artículo 47).

Lo antes referido es base suficiente para descartar que la norma impugnada resulte atentatoria contra el derecho a la igualdad, pues han quedado abordados los dos elementos referidos: fundamento racional del trato desigual y legitimidad, desde la perspectiva constitucional, del fin perseguido mediante éste.

No obstante, en atención a los argumentos expresados por el solicitante, cabe llevar a cabo un tercer análisis en atención a la situación en que, a raíz de la regulación legal, se ubica el hombre que sufre violencia en el ámbito familiar.

Este tercer parámetro de estudio, si bien excede de aquellos contemplados en el pronunciamiento de veintiuno de junio de mil novecientos noventa y seis, se hace necesario en situaciones como la que se resuelve, en tanto es la desprotección en que, a decir del solicitante, se ubica el hombre víctima de violencia en el plano familiar, lo que, según éste, ocasiona la inconstitucionalidad del precepto.

Así, tomando en cuenta que la situación real en que se ubican hombres y mujeres amerita el trato desigual, es menester denotar que en el plano normativo el hombre que sufre violencia en el contexto de la familia no se encuentra en situación absoluta de desprotección. En efecto, fuera del campo penal, la Ley para prevenir, sancionar y erradicar la violencia intrafamiliar establece mecanismos específicos para proteger a quien resulte afectado, hombre o mujer, por actos de violencia, física, sexual, patrimonial o psicológica, en el ámbito familiar; en tal sentido, el artículo 1 de la Ley señala: la violencia intrafamiliar, constituye una violación a los derechos humanos y para los efectos de la presente ley, debe entenderse como cualquier acción u omisión que de manera directa o indirecta causare daño o sufrimiento físico, sexual, psicológico o patrimonial, tanto en el ámbito público como en el privado, a persona integrante del grupo familiar, por parte de parientes o conviviente o exconviviente, cónyuge o excónyuge o con quien se haya procreado hijos o hijas.” (El resaltado no aparece en el texto original). Como cabe apreciar,

la norma no delimita el ámbito de protección al sexo de la víctima, con lo cual, el hombre que en sus relaciones familiares se considere violentado en su integridad y dignidad está legitimado para requerir de las instituciones competentes la protección debida.

Ahora bien, en el campo estrictamente penal, fuera de los tipos de discriminación y lesión, los que no atienden al sexo del sujeto pasivo y que en sus respectivos ámbitos pueden ofrecer efectiva protección, el ordenamiento nacional no contempla un ilícito concreto que penalice la violencia específica que pueda sufrir el hombre en el plano familiar por su condición de tal, lo que se justifica en que las condiciones sociales no evidencian la necesidad de una regulación en ese sentido, como sí sucede ante la apremiante situación de vulnerabilidad de la mujer en tal ámbito, cuestión que a criterio del Organismo Legislativo, conforme a las situaciones actuales, no ha demandado, en términos de oportunidad y pertinencia política, la ampliación del ámbito de protección fuera de aquellas esferas.

Lo antes considerado no intenta justificar una omisión legislativa, en cambio, pretende explicar la evolución que en el ordenamiento jurídico nacional ha tenido la protección penal de la integridad y dignidad de la mujer, asunto que, indudablemente, determina un esfuerzo por parte del legislador para ampliar la tutela jurídica de los derechos fundamentales a situaciones que lo ameritan y reclaman con urgencia.

En definitiva, como se hizo ver en la citada resolución de cuatro de octubre de dos mil once, de lo que se trata es de resaltar que, descartando que la norma objetada adolezca de vicio de inconstitucionalidad por violación al derecho a la igualdad, de considerarse que el hombre se ubica en situación de desprotección en el orden penal frente a la violencia que pueda sufrir en el plano familiar, por lo menos en lo que atañe a los supuestos de violencia psicológica y violencia económica, la solución no está en desproteger a la mujer (lo que se ocasionaría dejando sin vigencia las normas impugnadas), sino en extender la protección jurídica al hombre que sufra ese tipo específico de violencia, cuestión que queda fuera de la competencia del Tribunal Constitucional, pasando a la esfera de atribuciones que corresponde al Congreso de la República, debiendo ser en ejercicio de su potestad legislativa y conforme a la garantía del principio de legalidad que debe sopesar la necesidad de regular un tipo penal en tales términos.

En conclusión, se descarta la alegada contravención al artículo 4o constitucional.

- V -

Por último, cabe hacer relación de las denuncias que invoca el postulante en cuanto a la incompatibilidad de las normas impugnadas, es decir, los artículos 5, 7 y 8 de la Ley contra el femicidio y otras formas de violencia contra la mujer, y los artículos 12 y 217 constitucionales. En tal sentido, refiere el interesado que la Corte

Suprema de Justicia creó tribunales especiales prohibidos constitucionalmente, cuya función es sancionar, exclusivamente, a los hombres, y que los miembros de dichos órganos, contrario a lo dispuesto por el artículo 217 citado, no fueron electos por el Congreso de la República.

A este respecto, advierte el Tribunal que tales denuncias no pueden formar parte del examen abordado, por cuanto los argumentos aducidos para alegar la supuesta inconstitucionalidad no se dirigen contra la regulación contenida en las normas objetadas —referidas, respectivamente, a la tipificación de los delitos de violencia contra la mujer (artículo 7) y violencia económica contra la mujer (artículo 8), y a la configuración de estos como delitos de acción pública (artículo 5)—, sino a la labor ejercida por la Corte Suprema de Justicia en este ámbito, específicamente en cuanto al establecimiento y conformación de los órganos jurisdiccionales especializados para conocer de los delitos contenidos en el cuerpo legal objetado.

Así las cosas, si bien el órgano máximo de gobierno del Poder Judicial no hizo sino dar cumplimiento a lo regulado en el artículo 15 de la Ley en cuestión, el planteamiento de inconstitucionalidad no se dirigió contra esta última norma, lo que impide realizar cualquier examen al respecto, en tanto no existe relación alguna entre las razones que sustentan la denuncia de inconstitucionalidad y la regulación concreta contenida en las normas directamente atacadas.

## - VI -

Con base en las consideraciones anteriores, la inconstitucionalidad promovida debe ser desestimada, sin hacer especial condena en costas por no haber sujeto legitimado para su cobro e imponiendo la multa respectiva, en concordancia con el artículo 148 de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad, a los abogados patrocinantes.

### **Disposiciones legales aplicables**

Artículos citados, 140, 141, 152, 153, 154, 175, 267, 268, 269 y 272, inciso a), de la Constitución Política de la República de Guatemala; 2o, 3o, 6o, 114, 115, 133, 139, 142, 144, 149, 150, 163, inciso a); 178, 183, 185 y 186 de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad; y 31 del Acuerdo 4-89 de la Corte de Constitucionalidad.

### **POR TANTO**

La Corte de Constitucionalidad, con base en lo considerado y leyes citadas, resuelve: I) Sin lugar la acción de inconstitucionalidad general parcial promovida por Romeo Silverio González Barrios contra los artículos 5, 7 y 8 de la Ley contra el femicidio y otras formas de violencia contra la mujer, Decreto 22-2008 del Congreso de la República. II) No hace especial condena en costas. III) Impone

a los abogados Romeo Silverio González Barrios, Werner Danilo de León Pleitez y Pablo Seúl López Reyes multa de mil quetzales (Q1000.00) a cada uno, la que deberán hacer efectiva en la Tesorería de esta Corte dentro del plazo de cinco días de estar firme el presente fallo y que, en caso de incumplimiento, su cobro se hará por la vía legal correspondiente. IV) Notifíquese.

Alejandro Maldonado Aguirre  
*Presidente*

Mauro Roderico Chacón  
*Magistrado*

Héctor Hugo Perez Aguilera  
*Magistrado*

Gloria Patracia Porras Escobar  
*Magistrada*

Carmen Maria Gutiérrez De Colmenares  
*Magistrada*

María De Los Angeles Araujo Bohr  
*Magistrada*

Juan Carlos Medina Salas  
*Magistrado*

Martín Ramon Guzman Hernandez  
*Secretario General*



# **INTEGRACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS DE LA MUJER Y LA PERSPECTIVA DE GÉNERO: LA VIOLENCIA CONTRA LA MUJER**

**Informe de la Relatora Especial sobre la violencia contra  
la mujer, sus causas y consecuencias, Sra. Yakin Ertürk**

**Adición\* MISIÓN A EL SALVADOR  
(2 a 8 de febrero de 2004)**

## **Resumen**

El presente informe contiene las conclusiones a las que llegué, en mi calidad de Relatora Especial sobre la violencia contra la mujer, sus causas y consecuencias, tras la visita en misión oficial que realicé a El Salvador del 2 al 8 de febrero de 2004. Trata de las diversas formas de violencia contra la mujer que existen en el país y señala las principales medidas e iniciativas que deberían adoptarse para garantizar la protección y promoción de los derechos de la mujer y la eliminación de la violencia en su contra.

Aunque los derechos de la mujer no fueron un aspecto central de la guerra civil que asoló El Salvador entre 1980 y 1992, ni de las negociaciones de paz ulteriores, el alto grado de participación de las mujeres en las fuerzas de oposición les confirió una experiencia y una conciencia política que les permitieron luego combatir las prácticas discriminatorias en la sociedad. Como resultado de ello, en la era posterior al conflicto se hicieron progresos notables en cuanto a la igualdad entre los sexos, particularmente en el plano legislativo. Otras novedades alentadoras son el establecimiento del Instituto Salvadoreño para el Desarrollo de la Mujer (ISDEMU), la creación de un programa de derechos humanos en el marco de la Policía Nacional Civil (PNC) y otras iniciativas institucionales destinadas a proteger a la mujer contra la violencia.

No obstante estos logros, el hecho de que las autoridades no investiguen, enjuicien y castiguen a los responsables de actos de violencia contra la mujer ha contribuido a crear un clima de impunidad, que se ha traducido en una escasa confianza en el sistema de justicia.

La impunidad de los delitos, las disparidades socioeconómicas y la cultura machista favorecen un estado generalizado de violencia en el que la mujer está sometida a una serie continuada de actos múltiples de violencia, como el asesinato, la violación, la violencia en el hogar, el acoso sexual y la explotación sexual comercial.

En vista de los problemas que aún persisten, formulo recomendaciones al Gobierno de El Salvador, a la comunidad internacional y a la sociedad civil.

Hago un llamamiento al Gobierno para que adopte medidas en cinco ámbitos generales:

- a. La creación de una base de información y conocimientos que tengan en cuenta los problemas de la mujer;
- b. La garantía de la protección de la mujer mediante reformas de la legislación, de las investigaciones y del sistema judicial;
- c. El fortalecimiento de las infraestructuras institucionales;
- d. El inicio de programas de capacitación y sensibilización; y
- e. La aplicación y vigilancia de las normas laborales internacionales, particularmente en el sector no estructurado.

Insto a la comunidad internacional a que apoye la protección y vigilancia de los derechos humanos; refuerce el equipo de las Naciones Unidas en el país; y financie investigaciones, actividades de promoción y proyectos sobre las cuestiones de género.

Hago un llamamiento a la sociedad civil, con inclusión de las organizaciones no gubernamentales (ONG) de mujeres, los grupos de derechos humanos y los medios de comunicación, para que realicen investigaciones orientadas a la formulación de políticas sobre la violencia contra la mujer; trabaje con el Estado para reafirmar sus compromisos internacionales y ratificar el Protocolo Facultativo de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer; elabore estrategias comunes para lograr que el Gobierno se haga responsable de la promoción y protección de los derechos de la mujer; vigile la aplicación de la ley por el sistema de justicia en los casos de violencia contra la mujer; y asuma funciones de promoción, entre otras cosas mediante la sensibilización de los medios de comunicación, para evitar los estereotipos sexistas y la proyección de imágenes negativas de la mujer.

### **III. Manifestaciones de la violencia contra la mujer**

23. Las presiones socioeconómicas y la debilidad del sector jurídico que favorece la impunidad, combinadas con la cultura machista, refuerzan una situación generalizada de violencia que se manifiesta de diversas formas. El siguiente es un examen de algunas de las formas más difundidas de violencia contra la mujer y las niñas de que tuve conocimiento en El Salvador.

## a) Asesinato

24. Durante 2002 y 2003, El Salvador fue testigo de un aumento de los asesinatos de mujeres extremadamente violentos. En la mayoría de los casos las características generales eran parecidas: las víctimas, de edades comprendidas entre 15 y 20 años, desaparecían y eran luego encontradas asesinadas en parques públicos o en tierras baldías de los alrededores de San Salvador. Los cadáveres mutilados mostraban señales de violación y tortura, y en algunos casos habían sido decapitados. Según los interlocutores, las características de los asesinatos recordaban las ejecuciones de los escuadrones de la muerte de los años setenta, que dejaban los cuerpos de las víctimas en la calle con señales de tortura para aterrorizar a las comunidades.

La publicidad dada a estos horribles asesinatos en los periódicos ha acrecentado la ansiedad, particularmente entre las mujeres jóvenes.

25. Recibí datos contradictorios sobre los casos de asesinatos de mujeres. La División de la Mujer de la Procuraduría General notificó 306 casos de asesinatos de mujeres en primer grado y 280 en segundo grado ocurridos entre enero y noviembre de 2003. En total, en este período fueron asesinadas 813 mujeres. Sin embargo, según la PNC, durante el mismo período se notificaron a la policía 202 casos de asesinatos de mujeres y niñas. La discrepancia de los datos suscita preocupación en cuanto a la exactitud de la información recopilada por las diferentes instituciones.

26. Pedí información al sector de la justicia acerca del número de enjuiciamientos por asesinato, los casos de indemnización de la familia y la situación general de los casos de asesinato; lamentablemente no recibí ninguna de las informaciones que había pedido.

27. La ONG Las Dignas efectuó un análisis de los delitos recogidos en los periódicos nacionales en que la víctima era una mujer. Su investigación mostró que en 2003 se publicaron en los periódicos en total 153 casos de violencia contra la mujer, 77 de ellos de asesinato y el resto de violaciones. En 22 de los casos de asesinato, la víctima había sido también violada o sometida a abuso sexual. Sólo en 62 de los 153 casos se había identificado al autor; de éstos, el 32,3% eran profesionales, y el 16,1% miembros de pandillas. Además, la mayoría de los autores eran familiares de la víctima. Estas conclusiones impugnan la afirmación oficial de que las pandillas son las principales responsables de la violencia contra la mujer. También parece indicar que la estrategia de la Ley antimaras para frenar la violencia contra la mujer pasa por alto la mayoría de los casos en que los autores de la violencia son hombres que la víctima conoce.

El caso no resuelto de la violación y asesinato de Katia Miranda, de 9 años de edad, refleja las complejidades de estos delitos. El crimen ocurrió en abril en 1999,

durante una acampada familiar con el padre y el tío de Katia (ambos miembros de alto rango de las fuerzas de seguridad) y el abuelo (un abogado). A la madre de Katia, que no estaba presente, se le dijo primero que la hija se había ahogado. Sin embargo, cuando se enteró de los hechos, en octubre de 1999, pidió justicia por el asesinato de su hija, citando un episodio de violencia doméstica y maltrato de niños en la familia. El abuelo fue acusado de violación y homicidio, el padre de no haber impedido el crimen y los demás de encubrimiento. Sin embargo, debido a los numerosos errores y retrasos procesales, los acusados fueron absueltos. Extrañamente, la opinión pública al parecer culpó a la madre de no haber ido a la acampada con la familia y de no ser, por lo tanto, una buena madre. Por motivos de seguridad, la madre pidió asilo político en los Estados Unidos.

### **b) Violencia en el hogar y abuso sexual de las niñas**

28. La legislación salvadoreña prohíbe la violencia en el hogar y prevé penas de seis meses a un año en caso de condena. Sin embargo, como la ley no se aplica sistemáticamente, la violencia intrafamiliar está muy difundida y se tolera. Los casos de los que se ocuparon el Instituto Salvadoreño para el Desarrollo de la Mujer (ISDEMU) y el Instituto de Medicina Legal en 1998 revelan que las mujeres son las principales víctimas de la violencia intrafamiliar. El ISDEMU señaló haber recibido 3.786 denuncias de violencia en el hogar en 2002 y 4.706 en 2003.

El Programa de Saneamiento de la Relación Familiar (PSRF) registró 4.222 casos de mujeres sometidas a violencia intrafamiliar en 2003. Las organizaciones de mujeres estiman que nueve de cada diez mujeres han sido objeto de violencia en el hogar.

29. Las mujeres señalaron que los jueces de paz y la policía no tomaban en serio las denuncias y no expedían un mandato de protección de inmediato. Se dice que los tribunales son más favorables a la reconciliación y la reunificación familiar que al enjuiciamiento de los autores, con lo cual las víctimas quedan aún más expuestas a los malos tratos, pudiendo incluso sufrir represalias. La violencia que no deja señales por más de diez días se clasifica como falta y no como delito.

Durante el período de espera, la víctima debe volver con su agresor, pese a haber alcanzado su límite de tolerancia de los malos tratos y de correr el riesgo de represalias por haberse dirigido a las autoridades. Éstas indicaron que se están haciendo esfuerzos para mejorar el acceso de la mujer a la justicia mediante reformas de la ley, políticas y programas.

30. Los datos acerca de los malos tratos de niños y el incesto son limitados debido al tabú social que pesa sobre estos delitos. Recibí testimonios específicos que revelan que tales abusos son inquietantemente frecuentes. Las cifras de 2003 de la PNC indican que la violencia sexual y el incesto son motivos de preocupación.

El carácter relativamente inestable de las uniones matrimoniales expone a los niños a un gran riesgo de malos tratos por sus padres o padrastros.

Una hija puede ser vista también como un sustituto sexual legítimo de la madre si ésta es estéril.

31. Una niña de 10 años, que el padre había violado y dejado embarazada, tuvo que tener el hijo debido a la ley contra el aborto. En otro caso, el de una niña de 12 años que el padrastro había violado y embarazado, en el que intervino la Procuradora General para la Defensa de los Derechos Humanos, el delito fue definido primero como violación con agravantes, y luego reducido a seducción de menores; después de ello el caso se rebajó a una conciliación y por último se cerró cuando el padrastro aceptó contraer matrimonio con la hijastra. Esta cláusula del Código Penal que exonera a los violadores que contraen matrimonio con sus víctimas no sólo vuelve a exponer a la víctima a los mismos malos tratos, sino que además la condena a una vida de violaciones y abusos al no existir una ley que persiga la violación marital.

32. Las organizaciones de mujeres creen que la violencia en el hogar y el abuso sexual de las niñas en la esfera privada se notifican sólo en una mínima parte. Las razones aducidas son las presiones sociales, el miedo a las represalias, el temor a la publicidad y la estigmatización, las respuestas discriminatorias de las autoridades y la escasa confianza en el sistema de justicia.

Los siguientes son dos testimonios recogidos durante mi misión: T. estuvo casada 12 años. Después de los dos primeros, su marido comenzó a someterla a malos tratos físicos y psicológicos. Ella lo amenazó con la cárcel, a lo cual él respondió que la policía no intervendría. Después de un episodio particularmente violento en que sufrió una lesión en la espina dorsal, T. notificó el caso a la policía y obtuvo una prueba médica del Instituto de Medicina Legal. Sin embargo, se le dijo que la denuncia no era válida porque era necesario sorprender al marido *in fraganti*. Posteriormente, la policía lo sorprendió en el acto de maltratar a sus hijos y lo sacó del hogar. Aunque el marido amenazó con volver y matarla, el juez de la audiencia persuadió a T. de que le diera otra oportunidad por el bien de los hijos y lo dejó en libertad después de sólo cinco días de detención.

D. tenía un novio que la maltrataba física y psicológicamente y que con frecuencia la amenazaba con un arma de fuego. Después de dar a luz a cinco hijos, D. quiso esterilizarse, pero necesitaba la aprobación de su pareja para acogerse al procedimiento legal (*nota*: la ley fue modificada en 2001 y ahora ese permiso ya no es necesario). Cuando intentó hablar del tema con el novio, éste la golpeó tan fuertemente que tuvo que ser hospitalizada. Aunque notificó el caso a la PNC, el novio nunca fue enjuiciado porque era agente de policía. La pareja está ahora separada, pero el padre no paga los alimentos de los hijos y D. aún teme que regrese.

### **c) Violencia y acoso sexual en el lugar de trabajo**

33. El Derecho salvadoreño garantiza la igualdad ante la ley de los hombres y mujeres trabajadores con arreglo a lo dispuesto en los artículos 3 y 38.1 de la Constitución en relación con los artículos 12 y 123 del Código de Trabajo (véase CCPR/C/SLV/2002/3). Sin embargo, los sectores en que trabaja la mujer no suelen estar reglamentados, y por lo tanto se caracterizan por malas condiciones de trabajo, bajos salarios, poca seguridad en el empleo y el riesgo potencial de explotación y violencia. Los dos sectores en que la mujer trabaja con mayor frecuencia son las maquiladoras y el empleo doméstico en casas privadas.

#### **1. Las maquiladoras en las zonas francas industriales**

34. Hay aproximadamente 240 maquiladoras en las 15 zonas francas industriales. Según el Comité de América Latina y el Caribe para la Defensa de los Derechos de la Mujer (CLADEM), en las maquilas de El Salvador trabajan 80.000 mujeres; de ellas entre el 40 y el 50% tienen un nivel de instrucción comprendido entre los grados 1 y 6; el 70% son madres solteras; el 75% tienen entre 18 y 25 años de edad, y el restante 25% tienen entre 40 y 50 años.

Reciben un sueldo promedio de 150 dólares de los EE.UU. por mes, de los cuales aproximadamente el 15% se destina al alquiler y el 7% a la jubilación. La mayoría de las empleadas de las maquiladoras trabajan alrededor de diez años, después de lo cual muchas padecen graves problemas de salud, como enfermedades respiratorias, infecciones urinarias debidas al bajo consumo de agua, alergias y problemas en las articulaciones causados por los movimientos repetitivos.

35. Las mujeres entrevistadas declararon que, a pesar de pagar cotizaciones para el seguro o la jubilación durante todo su período de empleo, no recibían prestaciones, ni licencias cuando estaban enfermas o embarazadas, porque eran obligadas a firmar documentos que eximían a los empleadores de sus obligaciones legales. Además, señalaron que el Ministerio de Trabajo no efectuaba visitas regulares a las maquilas para velar por la aplicación de las normas laborales internacionales. Las mujeres que trabajaban en las maquilas declararon que, aunque el Gobierno promovía estas fábricas como una alternativa a la agricultura y una solución al problema del desempleo en las zonas rurales, no adoptaba medidas para proteger los derechos del trabajador, lo que permitía a los “avaros y abusadores” propietarios de las maquilas monopolizar las condiciones de empleo. Esa situación expone a la mujer al riesgo de acoso sexual, violación, palizas y explotación. Muchas mujeres no señalan los incidentes violentos por miedo a ser despedidas y a ser puestas en una lista negra que les impida trabajar en otro lugar. Los datos del CLADEM muestran que la mayoría de las mujeres empleadas en las maquilas son de origen rural, no están casadas o mantienen relaciones conyugales inestables, y tienen un bajo nivel de instrucción que limita sus opciones de empleo.

36. Planteé alguna de estas inquietudes, entre ellas el despido de las mujeres embarazadas, a funcionarios del Gobierno; el despido por embarazo no está justificado por ninguna disposición del Código de Trabajo. Me aseguraron que la ley se aplica y que toda parte perjudicada por un despido en esas circunstancias puede dirigirse al Ministerio de Trabajo con un certificado médico que confirme el embarazo. Si lo hace, se instaurará un proceso contra el empleador por infracción de la ley, y se pedirá indemnización y/o el reintegro de la víctima. Dijeron también que en enero de 2004 se había presentado a la Asamblea Legislativa un proyecto de enmienda del Código de Trabajo, por el cual se eliminarían los requisitos del reconocimiento médico y la confirmación del embarazo, y se prohibiría el despido por ese motivo.

37. A pesar de los testimonios que recibí acerca de violaciones de los derechos de la mujer en las zonas francas industriales -acoso sexual, sometimiento a pruebas de embarazo y denegación de empleo a mujeres embarazadas, entre otras- no hay constancia de ningún caso de retirada de los privilegios de la zona franca a una empresa por haber cometido esas violaciones.

#### **d) Violencia relacionada con la policía**

40. Organizaciones que se ocupan de los derechos de la mujer afirmaron que el acoso sexual en el ámbito de la fuerza de policía nacional (la PNC) es muy frecuente. El 7% de la fuerza policial son mujeres (1.164 mujeres, de un personal total de 16.474), y según los informes una alta proporción de los agentes de policía femeninos han sido objeto de acoso sexual y violencia. Puesto que las agentes de policía sometidas a tal violencia pueden sufrir traumas emocionales relacionados con la coerción psicológica, el chantaje, la manipulación o las amenazas, su desempeño profesional puede verse seriamente comprometido. Las víctimas informan de graves repercusiones en la estabilidad de su empleo, que se traducen, por ejemplo, en traslados y castigos arbitrarios, mayores cargas de trabajo u obstrucción de las futuras oportunidades profesionales y de ascenso.

41. Las víctimas sufren también una mayor marginación y discriminación cuando han notificado una violación a las autoridades o se han opuesto a las intenciones del agresor. Todas estas repercusiones victimizan nuevamente a las personas afectadas y refuerzan el clima de impunidad, a la vez que transmiten el mensaje de que eliminar esos comportamientos no es una prioridad institucional. El Centro de Estudios para la Mujer (CEMUJER) imparte formación a los oficiales de policía sobre los derechos de la mujer, y asesora a las empleadas femeninas que son objeto de acoso en la PNC. Aunque no se me facilitaron cifras exactas, fui informada de que los cargos por acoso sexual suelen ser desestimados por los tribunales.

42. La Procuradora General para la Defensa de los Derechos Humanos me informó de que había recibido también denuncias de malos tratos y violencia sexual contra mujeres que se hallaban bajo custodia de la PNC. Dentro del sistema

penitenciario no había indicios de tal violencia. Cuando efectué mi visita, había 650 reclusas. Las reclusas con las que hablé en la cárcel de mujeres de San Salvador estaban interesadas principalmente en que se mejoraran las condiciones de detención y en recibir más formación profesional.

#### **e) Violencia relacionada con la explotación sexual comercial**

43. La situación geográfica de El Salvador es atractiva para las personas sin documentos como ruta de tránsito a los Estados Unidos y otros países de América Central; ese tráfico ha aumentado en los últimos años. La falta de oportunidades ha empujado a las personas a emigrar, exponiéndolas al riesgo de la trata y la explotación. Según algunas ONG, se dice que las personas pagan entre 4.000 y 5.000 dólares de los EE.UU. para ser introducidas ilegalmente en los Estados Unidos de América; sin embargo, numerosas mujeres y niños no llegan a su destino final, sino que desaparecen. Muchos son vendidos para la explotación sexual comercial, y algunos violados y/o encontrados asesinados cerca de la frontera entre México y los Estados Unidos. La política de migración adoptada por los Estados Unidos después del 11 de septiembre de 2001 ha exacerbado el problema, ya que más migrantes se ven ahora obligados a entrar en el país clandestinamente, pasando a ser blancos fáciles para los tratantes.

44. Otra dimensión de la trata comprende el secuestro y la adopción fraudulenta de niños.

Los informes indican que la adopción internacional existe en El Salvador desde 1982.

El Gobierno consideró que era una opción viable para la crisis de huérfanos del país durante los años de la guerra. Según la ONG Save the Children, muchos lactantes, en su mayoría niñas, son sacados de El Salvador para adopciones comerciales o fraudulentas en el norte y en Europa.

La sexualidad de la mujer y su capacidad reproductiva han adquirido así un valor comercial.

Como consecuencia de ello, las redes delictivas hacen negocios obligando a las mujeres jóvenes y pobres a tener hijos para la venta. El Gobierno es muy consciente de esta trata de múltiples facetas, y me informó de un acuerdo regional, que se firmaría en marzo de 2004, por el que se ofrecerían garantías legales a las víctimas de la trata. Las autoridades están colaborando con la Organización Internacional para las Migraciones con el fin de crear una casa de acogida para las víctimas de la trata.

El caso del Sr. Nelson García ilustra otra forma de explotación sexual comercial. También revela que el sistema de justicia no consigue hacer frente eficazmente

a esos casos. El Sr. Nelson García, Decano de la Facultad de Derecho, Director de la Asociación de Abogados y candidato a miembro de la Corte Suprema de Justicia, fue acusado de explotación sexual comercial de niñas que, al parecer, utilizaba para hacer filmaciones y sacar fotografías pornográficas. Se dice que la policía encontró material pornográfico en su casa, pero no lo detuvo. El Sr. García se ocultó y más tarde fue capturado, pero fue detenido en un hospital y no en un centro de detención normal. Al parecer recibió un trato especial por su situación social. Se cree que muchas otras personas poderosas participan en actividades similares, lo que hace pensar que el caso García no es más que la punta del iceberg. Los medios de comunicación no dieron muestra de sensibilidad alguna al informar sobre el caso, ya que publicaron fotografías de las víctimas a pesar de la legislación que protege a los menores. Las víctimas son ahora objeto de estigmatización sexual y de insultos en la escuela, donde se las tilda de “niñas porno”. Cuando efectué mi visita, en febrero de 2004, los abogados del Sr. García estaban impugnando la legalidad del proceso.

## V. Los problemas que quedan por resolver

### a) Aplicación efectiva de la ley

66. A pesar del marco jurídico, las instituciones y los programas generalmente positivos que se acaban de describir, el Gobierno de El Salvador no está cumpliendo sus obligaciones dimanantes del derecho internacional de prevenir, investigar y perseguir de manera eficaz los delitos de violencia contra la mujer, debido principalmente a la discriminación sexista que caracteriza el sistema de justicia penal y a las incoherencias en la interpretación y aplicación de la ley. Los resultados de las ONG muestran que los jueces no tienen en cuenta la discriminación que sufren las mujeres, ni la relación de poder desigual entre hombre y mujer, cuando dictan sus fallos.

67. Los magistrados a los que se asignan casos de violencia contra la mujer tienden a pensar que ésta debe haber provocado la violencia de que ha sido objeto. A causa de estos estereotipos y de la idea de que la violencia sexista no es un asunto grave, los magistrados aplican o interpretan incorrectamente la ley, optando a menudo por la reconciliación en lugar del enjuiciamiento en los casos de violencia intrafamiliar. La nueva ley sobre violencia intrafamiliar mencionada anteriormente fortalece la protección y prohíbe claramente la conciliación para evitar que las víctimas vuelvan a las situaciones de abuso. Para que sea verdaderamente efectiva, es necesario revisar también el artículo 32 del Código de Procedimiento Penal.

68. Víctimas y familiares han señalado que cuando acuden a la justicia son objeto de nuevos malos tratos y discriminación por parte del sistema de justicia penal. En El Salvador, hablé con varias familias en que una hija o una hermana había sido víctima de un asesinato brutal.

Todas opinaron que la policía y las autoridades judiciales habían tratado sus solicitudes de investigación de los asesinatos con total desprecio. En muchos casos, la policía sólo había realizado una investigación somera, o simplemente no había hecho ninguna investigación.

Algunos familiares indicaron que habían sido tratados con indiferencia por las autoridades, y algunas parientes femeninas habían sido incluso objeto de acoso sexual por agentes de policía.

Además, las organizaciones de mujeres que ayudan a los familiares de las víctimas declararon que habían recibido amenazas de muerte anónimas y que la policía se había negado a protegerlas.

69. La Fundación de Estudios para la Aplicación del Derecho (FESPAD) reconoce que ha habido algunas mejoras en la respuesta del sistema de justicia penal a la violencia contra la mujer. Sin embargo, sostiene que la policía no ha sido formada para investigar los casos de violencia contra la mujer, ni para obtener pruebas con la sensibilidad y los conocimientos necesarios de las leyes sobre los derechos de las víctimas. Algunos tipos de violencia se investigan más a fondo, por ejemplo el secuestro, cuando se asignan más recursos a la investigación, con lo cual se reduce la incidencia de esos delitos. En el caso de otros tipos de delito, como el asesinato, el número de autores enjuiciados es muy bajo. Se dice que de 10.000 casos de delito sexual registrados por la policía cada año, sólo 2 de cada 100 llegan ante un juez.

70. La impunidad de los autores de alta categoría política o condición social sigue existiendo, y obstruye la justicia. El caso de Katia Miranda es un ejemplo particularmente ilustrativo de la necesidad de fortalecer la rendición de cuentas institucional para prevenir la impunidad.

La Procuraduría para la Defensa de los Derechos Humanos condena firmemente la forma en que se ha tratado el caso, incluso al más alto nivel, y las ONG siguen luchando por una investigación a fondo y por el enjuiciamiento de los autores de éste y otros delitos. Aunque no forma parte de mi mandato examinar o determinar los hechos del caso, la información disponible parece indicar unas irregularidades y omisiones desconcertantes en la investigación y en el juicio, que denotan la necesidad de un nuevo examen y probablemente de una reforma sistémica.

71. La Oficina del Defensor del Pueblo ha desarrollado un sistema de recopilación de datos para seguir de cerca la asistencia prestada a las mujeres y vigilar el tratamiento que la policía y los tribunales dan a los casos de las mujeres, con el fin de presionar a las autoridades para que cumplan sus obligaciones internacionales. Sin embargo, desde 1999 este sistema ha tropezado con obstáculos. Después de que los acuerdos de paz allanaran el camino para el establecimiento de instituciones y de una sociedad democráticas, las poderosas fuerzas conservadoras que consideran esas prácticas de vigilancia peligrosas para sus intereses han comenzado al parecer

a neutralizar o debilitar las atribuciones de la Oficina del Defensor del Pueblo, concretamente cerrando la subdivisión de la Oficina que promueve los derechos de la mujer. El nombramiento de un nuevo Defensor del Pueblo con un presunto historial de violaciones de los derechos humanos ha menoscabado aún más la credibilidad de la Oficina. Aunque finalmente fue destituido del cargo, su suplente permaneció en funciones, lo que socavó aún más la confianza en la Oficina.

72. Recibí también informes preocupantes sobre ataques contra la judicatura por altos funcionarios del Gobierno debido a decisiones relacionadas con la aplicación de la Ley antimaras. Esta injerencia es una violación de los acuerdos de paz, de las recomendaciones de la Comisión de la Verdad y de las normas y principios que regulan la separación de poderes a nivel nacional. Tales ataques a la independencia del poder judicial deben evitarse, para crear una fuerza institucional que pueda estar al servicio de todas las personas sin discriminación y defender el imperio de la ley. Ha de hacerse todo lo posible para preservar la norma internacional que garantiza que los jueces resolverán los asuntos que conozcan “sin influencias, (...) presiones, amenazas o intromisiones indebidas, sean directas o indirectas, de cualesquiera sectores y por cualquier motivo”.

#### **b) Acceso a la salud reproductiva y los derechos de procreación**

73. Aunque muchas de las reformas legislativas aumentan la protección de los derechos de la mujer, la esfera de los derechos de procreación en particular suscita gran preocupación.

El aborto provocado ha sido siempre un acto ilegal en El Salvador; en cambio, el aborto terapéutico y el aborto después de una violación o por motivos eugenésicos fueron legales hasta 1999, cuando se enmendó la Constitución para reconocer la existencia de la persona humana desde el momento de la concepción. El derecho a la vida de los seres humanos embrionarios está protegido también en los artículos 133 a 141 del Código Penal, con lo cual la infracción de este derecho ha pasado a ser un hecho delictivo. En esta enmienda, los derechos del feto fueron considerados más importantes que el derecho de la mujer a la vida, la salud y el bienestar.

74. Por consiguiente, las mujeres y las muchachas embarazadas a raíz de una violación están condenadas a una ulterior victimización emocional, social y económica, ya que sólo pueden optar entre tener el hijo, enfrentarse a una acusación penal o arriesgar la muerte. Además, un manual que contenía información para las adolescentes acerca de la salud sexual y reproductiva fue retirado del sistema educativo en 2000, con lo cual se anulaban así los esfuerzos de los Ministerios de Salud y de Educación por crear conciencia y prevenir los embarazos no deseados.

75. La tipificación del aborto como delito niega a la mujer el derecho al control sobre su cuerpo y su vida, y el derecho a servicios de salud reproductiva que le permitan disfrutar de una vida plena y sana. Los embarazos no deseados ponen a

la mujer en un aprieto particular, ya que no pueden legalmente poner fin al embarazo y sin embargo son objeto de estigmatización, dificultades y despidos en el trabajo por estar embarazadas. El hecho de no proteger los derechos de la mujer encinta y de las madres solteras y la tipificación del aborto como delito crean un doble rasero sistémico, que abandona a la mujer a su suerte y la obliga a enfrentar sola sus dificultades. La vida que espera a los hijos que nacen de estas situaciones es otra dimensión del dilema. En este contexto, los embarazos en la adolescencia se han vuelto particularmente preocupantes. Se dice que el 23% de los nacimientos inscritos son de hijos de madres adolescentes. La mayoría de estas mujeres se ven obligadas a formar una familia antes de tener los medios para hacerlo, con lo cual tanto la madre como el niño quedan en situación precaria.

76. La tipificación del aborto como delito es discriminatoria principalmente para las mujeres pobres, ya que las mujeres de clase social más alta tienen acceso, según se dice, a otras opciones para resolver el problema de los embarazos indeseados. En la mayoría de los casos de aborto ilegal que llegan a los tribunales, se trata de mujeres jóvenes, pobres, con un bajo nivel de instrucción, que se provocan abortos con métodos peligrosos y en entornos poco higiénicos, lo que hace aumentar las complicaciones médicas y las defunciones.

# INFORME DE LA RELATORA ESPECIAL SOBRE LA VIOLENCIA CONTRA LA MUJER, SUS CAUSAS Y CONSECUENCIAS

Sra. Rashida Manjoo  
Adición Misión de seguimiento a El Salvador  
\*14 de febrero de 2011.

## Resumen

El presente informe contiene las conclusiones de la Relatora Especial sobre la violencia contra la mujer, sus causas y consecuencias, tras su misión de seguimiento a El Salvador, visitado por última vez por la titular del mandato en 2004 (E/CN.4/2005/72/ Add.2). La Relatora explora el grado en que se han aplicado las recomendaciones formuladas en el informe anterior para lo cual examina las formas más frecuentes de violencia que enfrentan actualmente las mujeres y las niñas en El Salvador, la respuesta del Estado a esa violencia, y los principales problemas subsistentes.

A pesar de la intención del Gobierno de cumplir sus obligaciones de ejercer la diligencia debida en el ámbito de la igualdad de género y la violencia contra las mujeres, subsisten importantes problemas. Como señaló la anterior titular del mandato, el hecho de que las autoridades no investiguen, enjuicien ni castiguen a los responsables de actos de violencia contra la mujer ha contribuido a crear un clima de impunidad, que se ha traducido en una escasa confianza en el sistema de justicia; la impunidad de los delitos, las disparidades socioeconómicas y la cultura machista favorecen un estado generalizado de violencia en el que la mujer está sometida a una serie continuada de actos múltiples de violencia, como el asesinato, la violación, la violencia doméstica, el acoso sexual y la explotación sexual comercial. Las conversaciones sostenidas y la información recibida durante la visita indican que la situación ha cambiado poco en El Salvador. Además de los problemas relativos a la aplicación efectiva de la ley, subsisten otros que tienen que ver con el ejercicio de los derechos sexuales y reproductivos, en particular por lo que se refiere a las consecuencias de la prohibición absoluta del aborto, y con la necesidad de establecer un sistema amplio de reunión de datos para orientar las políticas y vigilar el progreso en el ámbito de la violencia contra la mujer.

Teniendo en cuenta la información recibida, la Relatora Especial considera que las recomendaciones contenidas en el informe de su predecesora siguen siendo pertinentes y aplicables, por lo que reitera y apoya la opinión de que es necesario adoptar las cinco medidas siguientes: a) establecer una base de información y conocimientos que tengan en cuenta los problemas de la mujer, entre otras cosas mediante la creación de una comisión de estadística; b) garantizar la protección de

la mujer mediante reformas de la legislación, de las investigaciones y del sistema judicial, entre otras cosas mediante el establecimiento de una dependencia especializada de investigación y enjuiciamiento de los feminicidios; c) fortalecer la infraestructura institucional, entre otras cosas asignando los recursos suficientes para garantizar la sostenibilidad y la eficacia; d) poner en marcha programas de capacitación y sensibilización; y e) vigilar la aplicación e imponer el cumplimiento de las normas internacionales y regionales de derechos humanos.

## I. Introducción

1. Por invitación del Gobierno, la Relatora Especial sobre la violencia contra la mujer, sus causas y consecuencias, Sra. Rashida Manjoo, realizó del 17 al 19 de marzo de 2010 una visita de seguimiento a El Salvador, visitado por última vez por la anterior titular del mandato en 2004 (E/CN.4/2005/72/Add.2). El objetivo de la actual visita era examinar el progreso logrado en la aplicación de las recomendaciones formuladas por su predecesora mediante la evaluación de la situación actual de la violencia contra la mujer, la respuesta del Estado a ese tipo de violencia y los principales problemas subsistentes. La visita fue precedida por la primera consulta regional de las organizaciones de la sociedad civil de América Central, México y el Caribe con la Relatora Especial.

2. Durante la misión se celebraron consultas en San Salvador con ministros y altos funcionarios de los ministerios de: Relaciones Exteriores, incluido el Vice-ministerio para los Salvadoreños en el Exterior, de Justicia y Seguridad Pública, Gobernación, Educación, Salud Pública y Asistencia Social, Trabajo y Previsión Social, así como con la Primera Dama y representantes de la Secretaría de Inclusión Social, el Instituto Salvadoreño para el Desarrollo de la Mujer y el Instituto Salvadoreño para el Desarrollo Integral de la Niñez y la Adolescencia. También se celebraron reuniones con representantes de la Corte Suprema de Justicia, la Asamblea Legislativa, la Procuraduría General de la República, la Fiscalía General de la República y la Policía Nacional Civil. La Relatora Especial se reunió asimismo con representantes de la Procuraduría para la Defensa de los Derechos Humanos y de la Procuraduría Adjunta para la Defensa de los Derechos de la Mujer y de la Familia, representantes de organizaciones de la sociedad civil, como los grupos de mujeres, representantes de organismos de las Naciones Unidas y representantes del Consejo de Ministras de la Mujer de Centroamérica del Sistema de la Integración Centroamericana, entidad política integrada por las ministras encargadas de los derechos de las mujeres y la igualdad de género en la región. La Relatora Especial tuvo la oportunidad de hablar con el personal y las mujeres del centro de acogida para mujeres sobrevivientes de la violencia doméstica de San Salvador y de escuchar los testimonios de las mujeres y las niñas de la colonia San Jacinto y del centro de rehabilitación para mujeres de Ilopango.

3. La Relatora Especial expresa su profundo agradecimiento al Gobierno de El Salvador por su plena cooperación. También está agradecida con el equipo de



las Naciones Unidas en el país y la oficina regional de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos para América Central por el apoyo brindado antes de la visita y a lo largo de ella. Abriga la esperanza de proseguir con el Gobierno y otras partes interesadas el diálogo fructífero y continuo sobre la aplicación de las recomendaciones.

## **II. Principales conclusiones del informe de la anterior titular del mandato**

4. Durante la visita de la anterior titular del mandato a El Salvador en 2004, motivada en parte por las denuncias recibidas acerca de una serie de asesinatos de mujeres jóvenes en la región de Centroamérica, y la impunidad sistemática de los autores, la Relatora Especial reconoció los notables progresos logrados en el período posterior al conflicto en el ámbito de la igualdad de género y la violencia contra las mujeres, especialmente a nivel legislativo e institucional.

5. En su informe, la anterior titular del mandato destacó el hecho de que las autoridades incumplían su deber de diligencia dado que no investigaban, enjuiciaban ni castigaban a los responsables de actos de violencia contra la mujer, lo que había contribuido a crear un clima de impunidad, que se había traducido en una escasa confianza en el sistema de justicia. Concluyó que la impunidad de los delitos, las disparidades socioeconómicas y la cultura machista favorecían un estado generalizado de violencia en el que la mujer estaba sometida a una serie continuada de actos múltiples de violencia, como el asesinato, la violación, la violencia doméstica, el acoso sexual y la explotación sexual comercial. Entre los principales problemas para enfrentar la violencia contra la mujer que señaló figuran la falta de aplicación efectiva de la legislación, obstáculos como la discriminación de género en el sistema de justicia, inconsistencias en la interpretación y aplicación de la legislación, y falta de acceso a los derechos sexuales y reproductivos.

6. Teniendo en cuenta estos problemas, la Relatora Especial instó al Gobierno a que adoptara las cinco medidas siguientes: a) crear una base de información y conocimientos que tuviera en cuenta los problemas de la mujer; b) garantizar la protección de la mujer mediante reformas de la legislación, de las investigaciones y del sistema judicial; c) fortalecer la infraestructura institucional; d) poner en marcha programas de capacitación y sensibilización; y e) vigilar e imponer el cumplimiento de las normas laborales internacionales, particularmente en el sector no estructurado.

## **III. Contexto nacional e implicaciones para la condición de la mujer**

7. El Salvador ha avanzado mucho en el fortalecimiento institucional y la protección de los derechos humanos desde 1992, cuando se firmaron los Acuerdos de Paz que pusieron fin a los 12 años de guerra civil. Mediante su adhesión a numerosos tratados internacionales de derechos humanos, El Salvador ha demostrado su decisión firme de poner los derechos humanos de las personas en el centro de sus

políticas, su legislación y sus instituciones. Las elecciones presidenciales celebradas en marzo de 2009 condujeron al establecimiento de un nuevo gobierno en el país.

8. A pesar de la reinstauración de la paz y el establecimiento de instituciones democráticas, la consolidación de la gobernanza democrática y el desarrollo humano del país se ve obstaculizada de manera importante por las altas tasas de pobreza, desigualdad y desempleo, y junto con los niveles alarmantes de la delincuencia, la impunidad y la disminución de la confianza en las instituciones públicas.

9. El Salvador sigue enfrentando graves desigualdades socioeconómicas: aproximadamente el 40% de la población vive en la pobreza, y el 10% más rico de la población de la nación percibe aproximadamente el 40% del ingreso nacional. Las condiciones de vida han empeorado progresivamente en los últimos años como resultado de un modelo económico que ha fomentado la privatización de los servicios públicos esenciales y ha asignado recursos limitados al desarrollo social. Si bien la tasa oficial de desempleo es del 7,2%, se estima que el subempleo, especialmente entre las mujeres, es muy alto. Los datos del Banco Central de Reserva indican que El Salvador encabeza las cifras de la región en materia de remesas per cápita, con entradas equivalentes al 16,4% del PIB (cifras de 2009). Hoy en día, el 48% de los hogares que reciben remesas están encabezados por mujeres.

10. Con una tasa de homicidios de más de 65 por cada 100.000 habitantes —la tasa más alta en América Central— y niveles alarmantes de otras expresiones de la violencia, como lesiones, robos, extorsiones y violencia doméstica y de género, se considera que El Salvador es uno de los países más violentos del mundo de hoy. La proliferación de las armas pequeñas y ligeras y las acciones de las pandillas violentas (*maras*) contribuyen a tales niveles de violencia. Las tasas de homicidios de mujeres también han aumentado de manera alarmante en los últimos años y actualmente son las más altas de la región.

11. Las actitudes patriarcales profundamente arraigadas y la generalización de una cultura machista que refuerza los estereotipos respecto de los roles y responsabilidades de la mujer y el hombre en la familia, en el trabajo y la sociedad constituyen graves obstáculos para que las mujeres gocen de sus derechos humanos, en particular su derecho a no padecer ninguna forma de violencia. La situación de desventaja de las mujeres es patente en todos los niveles y aspectos de su vida en la sociedad, desde la educación y el empleo hasta la participación política, lo cual contribuye al deterioro de su situación económica y a su mayor vulnerabilidad a la violencia y la explotación. Particularmente preocupante es la creciente feminización de la pobreza rural como consecuencia de una grave crisis en el sector agrícola y del aumento de los hogares rurales pobres encabezados por mujeres.

12. De manera desproporcionada, las mujeres y las niñas hacen frente a niveles de analfabetismo notables, en particular en las zonas rurales, con persistentes tasas altas de deserción escolar y repetición de cursos en los diferentes niveles de escola-

ridad. Según las cifras oficiales para 2008, la tasa de analfabetismo a nivel nacional es del 14,1%, y de esta población el 16,4% son mujeres y el 11,5% hombres. En otro informe presentado al Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer en septiembre de 2008, el Comité de América Latina y el Caribe para la Defensa de los Derechos de la Mujer (CLADEM) indicó que la participación de la mujer en el mercado de trabajo se concentraba principalmente en las industrias de baja remuneración y baja calificación de la mano de obra, como el comercio al por mayor y al por menor, la industria manufacturera (principalmente en las maquiladoras), el servicio doméstico, y los servicios comunales, sociales y de salud. El desempleo también afecta a las mujeres de manera desproporcionada debido, entre otras cosas, a que están empleadas predominantemente en el sector no estructurado y se ven confinadas en el hogar para ocuparse de las tareas domésticas y del cuidado de los niños. Según un estudio realizado por el CLADEM en 2005, la contribución del trabajo doméstico no remunerado a la economía del país representa el 32% del PIB. La representación de la mujer en los puestos de decisión sigue siendo baja: están ocupados por mujeres sólo el 19% del número total de escaños en la Asamblea Legislativa, el 11% de las alcaldías y el 15% de los puestos de ministro del gabinete.

#### **IV. Manifestaciones de la violencia contra la mujer**

13. A pesar de los notables progresos logrados en el período posterior al conflicto, subsisten problemas importantes en la esfera de la violencia contra las mujeres y las niñas.

La impunidad de los delitos, las disparidades socioeconómicas y la cultura machista siguen favoreciendo un estado generalizado de violencia en el que la mujer está sometida a una serie continuada de actos múltiples de violencia, como el asesinato, la violación, la violencia doméstica, el acoso sexual y la explotación sexual comercial.

14. En su primer informe nacional sobre la situación de la violencia contra las mujeres, el Instituto Salvadoreño para el Desarrollo de la Mujer reconoció que el Estado había prestado poca atención y respondido de manera insuficiente a la generalización del fenómeno, con lo que había hecho casi invisible el sufrimiento de las mujeres y la impunidad que rodea a dicha violencia. En este mismo sentido, la Procuraduría para la Defensa de los Derechos Humanos también señaló que el Estado no había adoptado medidas efectivas encaminadas a prevenir y sancionar la violencia y la discriminación contra la mujer.

15. En 2008 el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer expresó su preocupación por la elevada incidencia de la violencia contra la mujer que imperaba en El Salvador, sobre todo la violencia intrafamiliar, la violencia sexual y los maltratos, las violaciones y el acoso sexual en las escuelas y en el lugar de trabajo. El Comité se mostró particularmente alarmado por los actos

de extrema violencia, entre ellos los asesinatos de mujeres por causas relacionadas concretamente con el género.

16. En las secciones que figuran más adelante, la Relatora Especial plantea sus preocupaciones ante la escasa aplicación de las disposiciones vigentes que tipifican como delito las principales formas de violencia contra la mujer, la insuficiencia de las investigaciones en los casos denunciados y la impunidad generalizada de que gozan los autores de tales actos.

#### **a) La violencia doméstica**

17. Los altos niveles de violencia doméstica siguen siendo un motivo de gran preocupación en El Salvador. A pesar de la prohibición de la violencia doméstica a través de la adopción de medidas jurídicas y normativas, entre ellas la Ley contra la violencia intrafamiliar de 1996 que prevé penas de prisión de seis meses a un año, la violencia intrafamiliar sigue manteniéndose en gran medida oculta por las actitudes sociales que la toleran y por la renuencia de las víctimas a denunciar los abusos.

18. Según la encuesta nacional de 2008 sobre la salud de la familia, el 31% de las mujeres entrevistadas declararon haber sido víctimas de violencia física antes de la edad de 18 años. El mismo estudio reveló que de las mujeres que habían estado casadas o habían convivido con un compañero el 44% habían sufrido violencia psicológica, el 24% violencia física y el 12% violencia sexual. El Instituto Salvadoreño para el Desarrollo de la Mujer, que tiene un programa de mejora de las relaciones familiares, indicó que los casos de violencia doméstica contra las mujeres y las niñas habían aumentado de 3.698 en 2004 a 6.073 en 2008.

19. Los niños, y en particular las niñas, están particularmente expuestos a la violencia doméstica. Una encuesta realizada por el UNICEF reveló que siete de cada diez niños manifestaron haber sido víctimas de malos tratos en sus hogares. Los datos facilitados por el Instituto Salvadoreño para el Desarrollo Integral de la Niñez y la Adolescencia indican que el 65% de los niños que reciben atención en el Instituto viven en un ambiente de violencia intrafamiliar. El incesto sigue siendo un problema grave. Según el Comité contra la Tortura, más de la mitad de las denuncias de violación o incesto provienen de víctimas que eran menores de edad cuando se cometió el delito.

20. La investigación indica que la violencia doméstica y el abuso sexual de mujeres y niñas en el ámbito privado siguen siendo en gran medida invisibles y, en consecuencia, no se registran lo suficiente. Además, y en contraste con el aumento en el número de casos registrados por el Instituto Salvadoreño para el Desarrollo de la Mujer, durante los últimos años se ha constatado una disminución constante del número de procedimientos judiciales por violencia intrafamiliar iniciados en los tribunales de familia, que pasaron de 4.890 en 2003 a 1.240 en 2007. Según la

Fiscalía General de la República, sólo el 26,25% de las denuncias administrativas llegan a la fase judicial.

21. Son múltiples las razones por las que no se presentan denuncias en todos los casos ocurridos. Cabe citar entre ellas: la presión que ejercen la familia y la comunidad para que no se revelen sus problemas internos; la dependencia económica; el temor a sufrir represalias violentas del compañero de pareja; el escaso conocimiento que tienen las víctimas de sus derechos; la falta de servicios de apoyo suficientes; y la poca confianza en el sistema de justicia, principalmente como resultado de las respuestas discriminatorias y la falta de coherencia en la aplicación e interpretación de la ley.

#### **b) La violencia y el acoso sexual**

22. Las cifras sobre violencia sexual, incluido el estupro, siguen siendo motivo de gran preocupación. Los datos facilitados por el Instituto de Medicina Legal indican un incremento de los casos de violencia sexual, de 3.368 en 2007 a 4.120 en 2008; entre éstos, el número de casos de estupro casi se duplicó: de 209 en 2007 pasó a 378 en 2008. Una investigación realizada por el Instituto Salvadoreño para el Desarrollo de la Mujer señala que los niveles más altos de violencia sexual se registran entre las niñas y mujeres cuyas edades se sitúan entre los 10 y los 29 años, y que los miembros de la familia, los parientes o los conocidos, incluidos los maestros de escuela y los profesores de universidad, son los principales autores de dichos actos. La Relatora Especial también escuchó testimonios inquietantes de actos violencia sexual cometidos en autobuses públicos por hombres armados, en particular contra colegialas.

23. A pesar de la falta de datos estadísticos completos, progresivamente se ha reconocido que el acoso sexual en la escuela y en el lugar de trabajo, en instituciones tanto públicas como privadas, es una manifestación generalizada de la violencia. La Relatora Especial celebra la reciente declaración del Presidente Funes, formulada el 25 de noviembre de 2009 en su discurso de conmemoración del Día Internacional de la Eliminación de la Violencia contra la Mujer, en la que anunció la destitución de cualquier funcionario público que se viera involucrado en actos de acoso sexual. La Relatora Especial reitera que poner fin a la impunidad por los actos de violencia que se produzcan en el ámbito privado es también parte de la obligación del Estado de ejercer la debida diligencia.

24. Entre los factores que contribuyen al elevado número de casos no denunciados cabe citar la falta de reconocimiento de la ilicitud del abuso sexual en la familia y el acoso sexual en el trabajo; el temor de las víctimas de ser consideradas responsables y, posteriormente, ser excluidas del grupo; la ineficacia de las respuestas de las autoridades policiales y judiciales, lo que da lugar a un reducido número de procesamientos y condenas; y el número insuficiente de servicios de apoyo.

**c) Los asesinatos violentos de mujeres (feminicidios)**

25. Los extremadamente violentos asesinatos de mujeres, destacados como un motivo importante de preocupación en el informe de la anterior titular del mandato, han aumentado de manera alarmante en los últimos años, y muchos de los interlocutores de la Relatora Especial describen la situación a la que se ha llegado como el reflejo de una cultura de odio contra la mujer y un indicador del mal funcionamiento del sistema de justicia penal. Todos los organismos gubernamentales encargados de analizar e investigar esos casos, así como las organizaciones no gubernamentales (ONG) que investigan sobre el tema, fueron unánimes en cuanto a las proporciones inquietantes que había alcanzado el fenómeno y la urgencia de intensificar los esfuerzos para hacerle frente.

26. Particularmente atroz es el grado de brutalidad alcanzado en el daño infligido a las víctimas, que a veces entraña la mutilación, la tortura y la decapitación y que se ve a menudo acompañado de secuestro y violencia sexual. Más de la mitad de los asesinatos registrados presentaban características generales similares: las víctimas, de edades comprendidas entre 10 y 29 años, desaparecían y eran luego encontradas asesinadas en parques públicos o en terrenos baldíos. La mayoría de estos asesinatos tuvieron lugar en San Salvador, La Libertad, Santa Ana y San Miguel. Un estudio de la sociedad civil de los feminicidios denunciados entre enero y junio de 2009 en cuatro de los periódicos nacionales más importantes indicó que, debido a la brutalidad de los asesinatos, 45 de las 164 víctimas no habían podido ser identificadas. El estudio también indicó que, a pesar de la presencia de testigos en la escena del crimen en por lo menos el 41% de los casos, sólo en 14 de esos asesinatos se había identificado a sus autores. El hecho de que sólo siete de los asesinatos hayan tenido claramente que ver con miembros de pandillas y que la mayoría de los autores identificados fueran hombres conocidos de las víctimas contradice algunas afirmaciones oficiales de que las pandillas son los principales autores de esos crímenes.

27. Las discrepancias en los datos oficiales sobre este fenómeno siguen planteando una serie de preguntas sobre la exactitud de los datos reunidos por las diferentes instituciones competentes. Según la Policía Nacional Civil, el número de delitos violentos contra las mujeres casi se ha duplicado en los últimos años: de 253 en 2008 pasó a 465 en 2009. Informes presentados por el Instituto de Medicina Legal indican que el número de estos delitos aumentó de 260 en 2004 a 579 en 2009, el mayor número de feminicidios registrado en 11 años.

**d) Las agresiones contra lesbianas, bisexuales y personas transgénero**

28. Según algunas organizaciones de la sociedad civil, El Salvador también se enfrenta a un nivel creciente de violencia contra los miembros de la comunidad de gays, lesbianas, bisexuales, transexuales e intersexuales, y de los 4 asesinatos que sufrió en 2003 se pasó a por lo menos 12 en 2009. El alto nivel de homofobia social

se refleja en la sociedad en general, particularmente en el empleo, pero también en la intolerancia que manifiestan los medios de comunicación.

29. En una reunión con la Relatora Especial, algunos interlocutores relataron sus experiencias de discriminación y violencia generalizadas, por lo general pasadas por alto por el Gobierno, que incluían brutales violaciones en grupo y actos de violencia en la familia que habían sufrido a causa de su orientación sexual o su identidad de género (véase el estudio de caso que se describe más adelante). Se expresó en particular preocupación por el intento de introducir enmiendas discriminatorias en la Constitución, entre ellas la de definir el matrimonio como la unión entre un hombre y una mujer o la de prohibir explícitamente la adopción por parejas del mismo sexo. Las personas transgénero también señalaron las dificultades con que tropezaban para cambiar legalmente su género en los documentos oficiales de identidad.

### **Estudio de caso**

La historia de Paula (nombre ficticio) ilustra el nivel de violencia sufrida por la comunidad de lesbianas, gays, transexuales, bisexuales e intersexuales en El Salvador. Paula fue brutalmente agredida y abaleada por un grupo de hombres cuando salía de una discoteca en San Salvador. Durante su permanencia en el hospital fue objeto de malos tratos y desprecio del personal de atención de la salud por ser transgénero y VIH-positiva. Pocos meses después de salir del hospital, tras ser acusada de intento de homicidio, fue detenida y recluida durante dos años en una prisión masculina, pese a sus alegaciones de haber actuado en defensa propia; posteriormente Paula fue puesta en libertad cuando el hombre al que había atacado admitió que así habían ocurrido efectivamente los hechos. En la cárcel fue recluida en una celda con miembros de pandillas (*maras*) que la violaron más de 100 veces, en ocasiones con la complicidad de los funcionarios de prisiones. A su salida de la cárcel fue agredida de nuevo por miembros de las *maras* que se habían enterado de que era VIH-positiva y de que algunos de los que la habían violado en la cárcel habían resultado infectados.

#### **e) La violencia y el acoso en el lugar de trabajo**

30. La situación de desventaja de las mujeres en el mercado de trabajo, que se refleja en las significativas diferencias salariales, la segregación ocupacional o la dificultad para acceder a puestos ejecutivos, da lugar a manifestaciones diversas de discriminación por motivos de género, entre ellas condiciones de trabajo inadecuadas y exposición a la violencia y el acoso. Si bien esta situación afecta tanto al sector privado como al público, en la presente sección la Relatora Especial se centrará en la situación de las mujeres y las niñas en los sectores del servicio doméstico y de la maquila, incluidas las que trabajan en sus hogares para las maquilas y carecen de contrato. El trabajo en estos sectores, que tienden a eludir la regulación,

suele entrañar condiciones precarias y peligrosas, seguridad en el empleo escasa o inexistente y un alto riesgo de explotación.

### **1. Las maquiladoras en las zonas francas industriales**

31. Las deplorables condiciones de trabajo y la ausencia de derechos sindicales en las maquiladoras ubicadas en las zonas francas industriales siguen siendo motivo de preocupación. Según cifras oficiales proporcionadas por el Instituto Salvadoreño del Seguro Social, el sector de la maquila emplea a unas 66.000 personas, el 68% de las cuales son mujeres. La gran mayoría de esas mujeres provienen de zonas rurales, son madres solteras o tienen relaciones de pareja inestables y su nivel de educación es bajo, lo que limita sus opciones de empleo.

32. Las preocupaciones expresadas por la anterior titular del mandato en su informe sobre las condiciones de trabajo y las violaciones de los derechos de las mujeres en las maquilas siguen siendo pertinentes. Las trabajadoras de las maquilas que dieron a conocer sus experiencias a la Relatora Especial relataron violaciones recurrentes de sus derechos, entre ellas el abuso verbal y físico por los supervisores, el acoso sexual, el ser sometidas a pruebas de embarazo obligatorias y la posterior denegación de empleo o el despido de las mujeres embarazadas. Las condiciones de trabajo, que se caracterizan por la exigencia de trabajar más horas que las ordinarias, sin remuneración por las horas suplementarias y con amenazas de despido y por un entorno de trabajo insalubre y riguroso, fueron comparadas por algunas interlocutoras al trabajo forzado y a una forma moderna de “esclavitud humana”. En un contexto propicio para el desarrollo de problemas de salud graves, es especialmente preocupante la falta de cobertura médica, a pesar del pago de cotizaciones al seguro de salud. También es motivo de gran preocupación la situación de muchas mujeres que trabajan para las maquilas desde sus hogares, sin ningún contrato ni protección social.

Varias trabajadoras de las maquilas y representantes de ONG que trabajan para la protección de sus derechos insistieron de manera unánime en la necesidad de que las inspecciones del Ministerio de Trabajo, la única autoridad gubernamental autorizada para realizarlas y para hacer cumplir las normas internacionales, fueran más estrictas y regulares. Hasta la fecha no se ha informado de ningún caso en que se hayan retirado los privilegios de zona franca a las empresas responsables de violaciones de los derechos humanos.

33. En 2008 el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer expresó su preocupación por la situación crítica de los derechos laborales de las mujeres en las industrias maquiladoras, en particular la falta de acceso a la seguridad social, las condiciones de trabajo inadecuadas y la exposición a la violencia y el acoso sexual. El Comité instó al Gobierno a que vigilara eficazmente las condiciones laborales de las mujeres, sancionara a quienes infringieran los derechos de

las mujeres en las industrias maquiladoras y mejorara el acceso de las mujeres a la justicia.

## 2. El trabajo doméstico en casas particulares

34. El Código del Trabajo excluye a los trabajadores domésticos de muchos derechos laborales básicos, como el derecho a la jornada laboral de 8 horas o a la semana laboral de 44 horas garantizada por la ley o el derecho al salario mínimo legal. Esta situación, por la que los trabajadores domésticos se ven privados de la igualdad de protección ante la ley, tiene repercusiones desproporcionadas en las mujeres y las niñas, que constituyen más del 90% de los aproximadamente 108.000 trabajadores domésticos. Los funcionarios del Estado reconocieron de manera unánime la gravedad de la situación y se refirieron a la reciente adopción de medidas políticas destinadas a proporcionar cobertura de seguridad social a los trabajadores domésticos. No quedó claro si esta decisión de políticas era o no de carácter limitado ni si se restringía a un período de tiempo determinado.

35. Muchos niños, especialmente niñas, que trabajan como empleados domésticos en casas particulares viven en condiciones muy difíciles y degradantes, y son muy vulnerables al abuso físico y/o sexual. El Programa Internacional para la Erradicación del Trabajo Infantil de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) concluyó que aproximadamente 21.500 menores entre los 14 y los 19 años trabajaban en el servicio doméstico, de los cuales unos 20.800 (más del 95%) eran mujeres y niñas. El Programa también observó que una cuarta parte de los trabajadores y trabajadoras domésticos estudiados habían empezado a trabajar a la edad de 9 a 11 años, y que más del 60% estaban ya trabajando a la edad de 14 años. Aunque el Programa había concluido que el trabajo doméstico fuera del hogar familiar se clasificaba entre las peores formas de trabajo infantil, el Gobierno no había definido el trabajo doméstico como una de las esferas prioritarias en el marco de la lucha contra el trabajo infantil. En 2009 la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones, de la OIT instó a las autoridades públicas a tomar medidas eficaces y en un plazo definido para proteger a los niños y niñas que trabajan como empleados domésticos, lo que se considera como una de las peores formas de trabajo infantil.

### f) La violencia relacionada con la trata y la explotación sexual comercial

36. El Salvador es un país de origen, tránsito y destino para mujeres y niños víctimas de la trata con fines de explotación sexual comercial y trabajo forzado. La mayoría de las víctimas son mujeres y niñas salvadoreñas que son trasladadas dentro del país, desde las zonas rurales a las urbanas, con fines de explotación sexual comercial. La mayoría de las víctimas extranjeras son mujeres y niños de Colombia, Guatemala, Honduras, México y Nicaragua que viajan a El Salvador para responder a ofertas de trabajo, pero que son posteriormente sometidos a la explotación sexual con fines comerciales o forzados a la servidumbre doméstica.

37. Algunas organizaciones de la sociedad civil que se ocupan de las víctimas de la trata de seres humanos destacaron el hecho de que, en gran medida, las cifras reales relativas al fenómeno sigue siendo superiores a las comunicadas, debido principalmente a la insuficiencia de las medidas para garantizar la protección de víctimas y testigos, la ineficacia de las respuestas de las autoridades policiales y judiciales y la falta de servicios de apoyo.

38. En 2008 el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer expresó su preocupación por el hecho de que las investigaciones de casos de trata de mujeres y niñas fueran insuficientes y, por consiguiente, se enjuiciara y sancionara a un número reducido de autores de esos hechos. El Comité pidió a las autoridades del Estado que velaran por que las mujeres y las niñas víctimas de la trata recibieran el apoyo adecuado para estar en condiciones de declarar sin temor contra los tratantes. Asimismo, alentó al Gobierno a preparar programas de concienciación, investigar las causas profundas de la trata, capacitar exhaustivamente a los abogados, los trabajadores del ámbito de la justicia penal, los proveedores de servicios de salud y los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley sobre todas las cuestiones relativas a la explotación sexual y la trata.

#### **g) Las mujeres privadas de la libertad**

39. En los últimos años se ha expresado preocupación por los vejatorios registros corporales anales y vaginales, tanto de las reclusas como de las mujeres que visitan los lugares de detención, a menudo realizados por personas no calificadas, como los miembros del personal que carecen de formación médica. Las reclusas con las que habló la Relatora Especial en el centro de rehabilitación de Ilopango no se refirieron a ese tipo de violencia pero sí al hacinamiento y las condiciones insalubres en que vivían, que era lo que más les preocupaba.

40. El centro de rehabilitación de Ilopango tiene una capacidad para albergar a 220 reclusas y a entre 25 y 30 niños. El número de reclusos, que en 2004 ascendía a 650, es ahora de 1.344 mujeres, 24 de ellas embarazadas, 25 niños y 25 niñas (sobre todo bebés menores de 1 año de edad). Las condiciones de hacinamiento e insalubridad constituyen una preocupación general. Particularmente inquietante es el hacinamiento de la sección materno infantil, en la que las mujeres en etapa avanzada de embarazo duermen en el suelo y las madres duermen con sus bebés recién nacidos en colchones muy pequeños en un ambiente insalubre. Las condiciones en los dormitorios de la sección de condenadas son también motivo de preocupación, pues la ventilación es limitada y sólo hay un retrete y una ducha para unas 30 reclusas.

## V. Logros en la respuesta del Estado a la violencia contra la mujer

### a) Progresos en el plano legislativo

41. En el plano internacional, El Salvador es parte en los principales instrumentos de derechos humanos de las Naciones Unidas, entre ellos la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer. Estos instrumentos son parte integrante del ordenamiento jurídico del país. Entre los recientes compromisos adquiridos a nivel internacional cabe mencionar la ratificación de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y sus dos Protocolos facultativos, en 2004; la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad y su Protocolo facultativo, en 2007; y la Convención sobre los Derechos Políticos de la Mujer, en 2008.

Las discusiones en curso sobre la ratificación del Protocolo Facultativo de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, firmado en 2001, el Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional reflejan la decisión firme del Gobierno de cumplir con sus obligaciones de diligencia debida en el marco de los instrumentos internacionales de derechos humanos. Entre los instrumentos regionales pertinentes de derechos humanos ratificados por El Salvador cabe mencionar las Convenciones Interamericanas sobre Concesión de los Derechos Civiles y sobre Concesión de los Derechos Políticos a la Mujer y la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contrala Mujer.

42. Desde 2004 se han presentado varias propuestas de reforma de las leyes en materia de violencia contra la mujer, igualdad de oportunidades y promoción y protección de los derechos de los niños y adolescentes con el fin de fortalecer la legislación nacional y armonizarla con los instrumentos internacionales y regionales pertinentes de derechos humanos.

43. Actualmente se está debatiendo sobre la formulación de una ley integral sobre la violencia contra la mujer, lo que incluiría la tipificación del feminicidio como delito. Esas medidas van más allá de la prohibición de la violencia en la familia contemplada en la Ley contra la violencia intrafamiliar de 1996. En una reunión con parlamentarios, la mayoría de ellos miembros de la Comisión de la Familia, la Mujer y la Niñez, la Relatora Especial instó a que se estudiara el proyecto de ley en profundidad y de manera incluyente para asegurarse de que la participación fuera amplia y multidisciplinaria y el proyecto tipificara como delito todas las formas de violencia contra las mujeres —incluida la violación conyugal— y a que se velara por que la ley abarcara las cuestiones relativas a la prevención, la protección y el empoderamiento y el apoyo a las víctimas, así como el castigo adecuado para los autores y la disponibilidad de medidas de reparación efectiva para los sobrevivientes.

44. Algunas organizaciones de la sociedad civil expresaron su preocupación por la falta de consultas inclusivas en las distintas etapas del proceso de redacción. En su opinión, esto había contribuido a que el proyecto de ley careciera de claridad conceptual, en particular con respecto a distinciones esenciales como, por ejemplo, entre femicidio y feminicidio.

Por otra parte, se sostuvo que el actual proyecto de ley no incluye las realidades de la violencia que experimentan algunas mujeres, como las que son víctimas de la trata de personas con fines de explotación sexual, y no es suficientemente preciso por lo que se refiere a las medidas de protección y las responsabilidades institucionales conexas, así como a la corresponsabilidad de los funcionarios públicos que no actúan con la debida diligencia. Se alegó que, de no tratarse adecuadamente estos elementos, la investigación y el enjuiciamiento de los casos de violencia podrían quedar aún más debilitados, lo que reforzaría el clima de impunidad.

45. Otro proyecto de ley actualmente en trámite ante la Asamblea Legislativa se refiere a la igualdad y equidad de la mujer y a la eliminación de la discriminación en su contra. El proyecto contiene disposiciones importantes para garantizar a la mujer la igualdad de oportunidades y la no discriminación en los ámbitos de la educación, el empleo, la salud o la vida pública, y se refiere específicamente a los grupos de mujeres especialmente vulnerables, como las trabajadoras domésticas, las mujeres mayores y las mujeres de gran vulnerabilidad social o económica, como las indígenas, las que viven en condiciones de pobreza extrema o en zonas rurales o las que son forzadas a la explotación sexual comercial o son víctimas de la trata. El proyecto contempla la creación de una institución independiente sobre igualdad y no discriminación encargada de velar por la observancia del derecho a la igualdad de género y a la no discriminación teniendo en cuenta los instrumentos internacionales y nacionales, mediante, entre otras cosas, el examen de las denuncias individuales de violaciones de los derechos de igualdad y no discriminación.

46. Otro hecho reciente digno de mención fue la promulgación de la Ley de protección integral de la niñez y la adolescencia, el 27 de marzo de 2009. La ley establece un nuevo sistema de protección y prevé la creación de tribunales especializados para niños y adolescentes. También constituye un hecho innovador en el marco jurídico del país, al reconocer explícitamente que el Estado tiene la obligación de garantizar a los niños y adolescentes el acceso a programas y servicios de salud sexual y reproductiva, así como de incluir la educación sexual y reproductiva en los programas escolares nacionales. Es importante destacar que también establece la obligación del Estado de garantizar que las madres adolescentes, las jóvenes embarazadas y las adolescentes y niñas víctimas de la violencia pueden seguir asistiendo a la escuela sin discriminación. Durante el examen que realizó el Comité de los Derechos del Niño en 2010 sobre el informe periódico de El Salvador<sup>19</sup>, la delegación del Estado reconoció que la legislación nacional no se ajustaba a la Convención sobre los Derechos del Niño en lo que se refería a los

castigos corporales, que no estaban explícitamente prohibidos, y tomó nota de la importancia de realizar debates en el contexto de posibles enmiendas futuras.

47. Otras recientes reformas legislativas importantes son las enmiendas al Código Penal que tipifican como delito la trata de personas y el acoso sexual en el lugar de trabajo, y las enmiendas al Código de Trabajo, que prohíben los exámenes médicos y las pruebas de embarazo como requisitos de empleo y el despido por motivo de embarazo. En el ámbito de la violencia familiar, a pesar de las recientes enmiendas del Código de Procedimiento Penal, el artículo 32 del Código sigue contemplando la posibilidad de la conciliación en los casos de delitos menores. Esto es problemático, ya que los casos de violencia doméstica suelen ser minimizados e incluidos en la categoría de delitos menores.

48. El hecho de que no existiera una ley nacional específica sobre la trata, a pesar de estar tipificada como delito en el Código Penal y de haberse ratificado el Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, fue considerado por algunos interlocutores como una cuestión a la que debía darse una atención prioritaria.

#### **b) Novedades en los marcos institucional y de políticas**

49. Entre las novedades positivas a nivel institucional y de políticas registradas en los últimos cinco años en los ámbitos de la igualdad de género y la violencia contra la mujer cabe mencionar la aprobación de la Política Nacional de la Mujer 2005-2009, que abarca, además de la violencia contra la mujer, una gran variedad de esferas, entre ellas la educación, la salud, el empleo y la participación política. También cabe destacar el enfoque interinstitucional adoptado por el Gobierno en la elaboración y el seguimiento de los planes y políticas mediante el establecimiento de comités interministeriales, como el Comité Nacional contra la Trata de Personas, y la creación de dependencias y oficinas de género en diversas entidades. Cabe mencionar entre ellas la dependencia de género de la Corte Suprema de Justicia, encargada de institucionalizar en todo el sector del poder judicial una visión de la justicia que tenga debidamente en cuenta las consideraciones de género y la dependencia especial del Ministerio de Trabajo, que se ocupa de las cuestiones de género y la prevención de las prácticas laborales discriminatorias.

50. El Instituto Salvadoreño para el Desarrollo de la Mujer, establecido en 1995 como mecanismo gubernamental nacional para supervisar la aplicación de la política nacional de la mujer, ha alcanzado varios logros a lo largo de los años. Figuran entre ellos la publicación en 2009 del primer informe nacional sobre la situación de la violencia contra la mujer; la prestación de apoyo técnico para el proceso de elaboración de leyes sobre la violencia contra la mujer y la igualdad de género; la realización de varias campañas destinadas a promover la igualdad y la no discriminación; la organización de cursos de formación para funcionarios públicos en los que se tienen debidamente en cuenta las consideraciones de

género; y el establecimiento de una mayor cooperación con las organizaciones de la sociedad civil y con la Procuraduría para la Defensa de los Derechos Humanos. De 2004 a marzo de 2009, el programa del Instituto para el mejoramiento de las relaciones familiares ofreció 103.453 sesiones de apoyo psicológico y 51.228 sesiones de terapia de grupo y proporcionó, a través de sus trabajadores sociales, asistencia a 64.563 personas, refugio temporal a 879 víctimas y asistencia telefónica a 215.273 víctimas. No obstante, el Instituto sigue haciendo frente a las dificultades políticas, institucionales y presupuestarias mencionadas en el informe de la anterior titular del mandato, como lo demuestran su incapacidad para abogar por la ratificación del Protocolo Facultativo de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer y la falta de financiación para participar en foros internacionales importantes, como las reuniones de la Comisión de la Condición Jurídica y Social de la Mujer. La Relatora Especial también expresó su preocupación por la falta de claridad conceptual por lo que se refería al mandato del Instituto, en particular con respecto a si su función era de supervisión, de elaboración de políticas o de aplicación de éstas, o si comprendía las tres cosas. Tampoco le quedó claro a la Relatora Especial el carácter independiente del Instituto ni la separación de competencias con respecto a otros ministerios.

51. El Instituto Salvadoreño para el Desarrollo Integral de la Niñez y la Adolescencia principal organismo responsable de la aplicación de la política nacional para el desarrollo integral de los niños y adolescentes, tiene a su cargo una red nacional de 12 centros de acogida que ofrecen alojamiento seguro, atención médica las 24 horas del día, apoyo psicológico y talleres de formación profesional a las víctimas del maltrato, incluidas las víctimas de la trata. En 2008 el Instituto registró un promedio mensual de 315 casos de niños y adolescentes que requerían protección contra la violencia. En espera de la entrada en vigor de la Ley de protección integral de la niñez y la adolescencia, que va a transformar el Instituto en un organismo de investigación y estadística, se está estudiando la manera de garantizar la transferencia adecuada de los aproximadamente 15.000 expedientes de protección del Instituto a los tres tribunales especializados de menores que se crearán en virtud de la ley.

52. En la esfera de la trata se han adoptado medidas importantes, como la creación, en 2005, del Comité Nacional contra la Trata de Personas, la elaboración de la política nacional contra la trata de personas (2008-2017) y el establecimiento de una dependencia contra la trata en la Policía Nacional Civil y de una dependencia contra la trata y el tráfico ilícito de migrantes en la Procuraduría General de la República. Sin embargo, subsisten varios retos, entre ellos la redacción de la ley relativa a la trata de personas, el establecimiento de mecanismos permanentes para garantizar la coordinación institucional, la creación de refugios para las víctimas adultas de la trata y el establecimiento de un sistema para vigilar y dar seguimiento a los casos de trata.

53. En julio de 2009 la Secretaría Nacional de la Familia fue sustituida por la Secretaría de Inclusión Social. Esta nueva entidad, presidida por la Primera Dama, se encarga de atender a las necesidades de grupos específicos de la población, como las mujeres, los niños, los jóvenes, las personas mayores, las personas con discapacidad y los pueblos indígenas. Las conversaciones mantenidas durante la misión indican que la incorporación de la perspectiva de género en las políticas públicas, dirigidas a la familia, constituye la piedra angular de la labor de la Secretaría.

54. La Policía Nacional Civil ha incorporado la perspectiva de género en su labor, entre otras cosas capacitando a su personal en materia de igualdad entre los géneros y adelanto de los derechos humanos de la mujer. Un eje importante de su plan estratégico institucional para el período 2009-2014 es garantizar la protección y promoción de los derechos humanos de la mujer, entre otras cosas fomentando la igualdad de oportunidades dentro de la institución. A este respecto, la Relatora Especial elogió el aumento en el número de mujeres en puestos de responsabilidad dentro de la fuerza policial, en particular en la Inspectoría General y en sus dependencias de Control y Derechos Humanos.

55. La academia de policía (Academia Nacional de Seguridad Pública) ha seguido desarrollando un programa de derechos humanos, dirigido a agentes de la seguridad pública de todos los grados, que incluye formación sobre mantenimiento del orden, igualdad de género y derechos humanos de las mujeres. Entre los hechos encomiables del último año cabe mencionar el establecimiento de estructuras internas responsables de diseñar campañas de sensibilización sobre la igualdad de género y de garantizar la incorporación de la perspectiva de género en todas las actividades de la academia. Otro hecho positivo fue la aplicación y vigilancia efectivas de las medidas previstas en la Circular N° 8/2009 del Director General de la Academia, en que se prohíben el acoso sexual y otras formas de violencia de género y se establecen políticas claras para hacer frente a tales violaciones, sanciones para los autores y medidas de reparación para las víctimas.

56. La Relatora Especial también acogió con satisfacción la labor de la Procuraduría para la Defensa de los Derechos Humanos, institución nacional independiente de derechos humanos que cuenta con una Procuraduría Adjunta para la Defensa de los Derechos de la Mujer. A pesar de sus limitados recursos materiales y humanos, la Procuraduría ha estado vigilando la situación de los derechos humanos en todo el país, incluidos los derechos de la mujer, y llevó a cabo estudios exhaustivos sobre el derecho a la educación en el caso de las adolescentes embarazadas, la situación de las mujeres confinadas con sus hijos en centros penitenciarios y la violencia sexual contra las niñas.

## **VI. Principales problemas que quedan por resolver**

57. En su informe, la anterior titular del mandato concluyó que para enfrentar y resolver eficazmente la violencia contra la mujer los principales problemas que

subsistían eran la aplicación efectiva de la ley y el acceso a la salud y los derechos reproductivos. Como se ilustra en la sección a continuación, estos problemas siguen sin resolver y requieren una atención urgente. Además, también es necesario establecer un sistema integral y coordinado de reunión de datos y emprender otras iniciativas de formación.

#### **a) Aplicación efectiva de la ley**

58. Los encomiables progresos logrados en los últimos cinco años en materia de legislación, políticas y programas contrastan con deficiencias notables en la investigación y el enjuiciamiento de los casos de violencia contra las mujeres y las niñas, como, por ejemplo, en las pautas inadecuadas en la imposición de las condenas. El incumplimiento de las autoridades de sus obligaciones de prevenir, investigar, juzgar y sancionar a los responsables de la violencia de género ha contribuido a crear un ambiente de impunidad que se ha traducido en bajos niveles de confianza en el sistema de justicia.

59. La generalización de las actitudes patriarcales entre los agentes del orden y en el sistema de justicia, junto con la falta de recursos y la insuficiencia de conocimientos sobre la legislación aplicable vigente, han dado lugar a respuestas inadecuadas a los casos de violencia contra la mujer y a una persistente aceptación social de esos actos. Los testimonios de las víctimas de actos de violencia doméstica que trataron de acceder al sistema judicial indican que, salvo en los casos en que esos actos provocan lesiones físicas graves, la policía, los fiscales y los jueces de paz tienden a minimizar los delitos por estar convencidos de que la violencia doméstica es un asunto privado. En esa medida, disuaden a las víctimas de seguir adelante con la causa y promueven la conciliación, con lo que las víctimas vuelven a encontrarse en situaciones de maltrato. Los casos de violencia doméstica suelen ser tratados como infracciones administrativas y no como delitos o son clasificados como delitos menores.

60. Organizaciones de la sociedad civil que investigan el fenómeno del feminicidio expresaron su preocupación por la falta de normas apropiadas para la investigación de los casos denunciados. En su opinión, esto se debe principalmente a la falta de coordinación institucional entre la Procuraduría General de la República, la Policía Nacional Civil y el Instituto de Medicina Legal, la ausencia de una estructura confiable para la protección de las víctimas y los testigos y la renuencia de las autoridades policiales y judiciales a reconocer la naturaleza de género de este tipo de violencia. La Procuraduría para la Defensa de los Derechos Humanos señaló que la mayoría de los 2.660 casos de asesinatos de mujeres registrados desde 2001 a mayo de 2009 seguían en la fase de investigación y permanecían impunes. Los familiares de las víctimas de asesinatos brutales se refirieron a casos en que sus solicitudes de investigación habían sido tratadas con desprecio e indiferencia por la policía, la fiscalía y las autoridades judiciales.

61. La impunidad de los autores de crímenes de violencia sexual parece ser generalizada, lo que se debe a veces al temor de las víctimas y los testigos al estigma social y a la victimización reiterada, pero también a las deficiencias de los procesos de investigación y enjuiciamiento. Los datos muestran que de los 2.057 casos de violencia sexual sometidos a los tribunales por la Procuraduría General de la República en 2008, 812 fueron desestimados provisionalmente, 385 fueron sobreseídos definitivamente y 700 fueron llevados a juicio. Según las cifras más recientes disponibles, los procesos dieron lugar a 200 condenas y 153 absoluciones. La impunidad resultante del reducido número de enjuiciamientos y condenas en los casos de violencia sexual también contribuye al aumento en la tasa de incidentes.

62. El caso aún no resuelto de la violación y asesinato de Katia Miranda, de 9 años de edad, en abril de 1999, caracterizado por irregularidades y omisiones desconcertantes que dieron lugar a la absolución del acusado, fue mencionado por muchos como representativo del clima de impunidad generalizada de los autores, especialmente los de elevada posición política y social. La Relatora Especial recordó a los interlocutores que exigir responsabilidades y luchar contra la impunidad también formaban parte de las obligaciones del Estado de ejercer la diligencia debida, y reiteró el llamamiento de la anterior titular del mandato a que se realizara un nuevo examen del caso.

63. A pesar de las recientes mejoras en el plano institucional, varios interlocutores expresaron su preocupación por el escaso número de enjuiciamientos y condenas en los casos de trata. En 2008 las dependencias especiales de la policía y la fiscalía presentaron cargos por trata de personas en 15 casos y consiguieron 8 sentencias condenatorias con penas de prisión de 4 a 10 años. Las cifras correspondientes a 2007 fueron 46 enjuiciamientos y 5 sentencias condenatorias.

64. Entre las principales causas de los bajos niveles de presentación de denuncias figuran las deficiencias del sistema de justicia penal, entre otras cosas en las medidas de protección de víctimas y testigos, y la falta de formación adecuada de las autoridades judiciales y policiales para registrar e investigar las denuncias y prestar apoyo a las actuaciones relativas al enjuiciamiento (véase, por ejemplo, el estudio de caso que se describe a continuación).

## **Estudio de caso**

El caso de María (nombre ficticio) es ilustrativo de la victimización reiterada que enfrentan las víctimas de la violencia doméstica en el sistema de aplicación de la ley. Tras varios años de sufrir la violencia física y psicológica que le infligía su marido, María informó de la situación a un juez de paz y obtuvo una orden de protección para ella y sus tres hijos. Después del procedimiento fue remitida al centro de atención psicosocial de la Corte Suprema de Justicia, donde la acusaron de provocar la violencia y la convencieron de seguir en el matrimonio por la “obediencia que debía a su marido”. La hija de María, de 9 años, fue sometida a un

notable sufrimiento emocional al ser interrogada acerca de los supuestos “novios y amantes” de su madre. Durante meses, el marido de María siguió hostigándola física y verbalmente, al igual que a sus hijos e infringiendo sistemáticamente las medidas de protección, sin intervención alguna de la policía o de la Procuraduría General de la República, a pesar de las reiteradas denuncias de María. Con el apoyo de las organizaciones de mujeres, María pidió el divorcio, que se le concedió después de meses de procedimientos burocráticos y pruebas psicológicas. Aunque obtuvo la custodia de sus tres hijos y una suma mensual de 200 dólares por concepto de pensión alimenticia de los hijos, María no recibió compensación alguna por la violencia sufrida a lo largo de su matrimonio. A causa de sus ingresos precarios se vio obligada a vender sus pertenencias para pagar las matrículas escolares de sus dos hijos más pequeños y a mudarse a un apartamento más pequeño. Su hijo mayor vive con su padre y, al parecer, reproduce su comportamiento violento hacia las mujeres.

### **b) Acceso a los derechos sexuales y reproductivos**

65. Por lo que se refiere al acceso a la atención de la salud de la mujer, la esfera de los derechos reproductivos sigue siendo un motivo de especial preocupación. Si bien el aborto provocado ha sido siempre un acto ilegal en El Salvador, el aborto terapéutico, el aborto después de una violación y el aborto por razones eugenésicas, en cambio, han sido ilegales sólo desde 1999, cuando se enmendó la Constitución para reconocer la existencia de la persona humana desde el momento de la concepción. El conflicto de interpretación entre las disposiciones constitucionales y las del Código Penal que protegen el derecho a la vida de los embriones humanos se ha zanjado en favor de estas últimas, lo que ha dado lugar a la penalización del aborto. Esta penalización tiene repercusiones directas en las actuales altas tasas de mortalidad materna y de embarazos de adolescentes, y niega a las mujeres y las jóvenes el derecho al control sobre su cuerpo y su vida.

66. La prohibición absoluta del aborto significa que las mujeres y las jóvenes están condenadas a llevar a término el embarazo y enfrentar la victimización reiterada por la familia y la sociedad. También ha llevado a las mujeres y jóvenes embarazadas a consecuencia de una violación o un incesto a recurrir a prácticas de aborto inseguro y clandestino, a veces con consecuencias fatales. Según el Ministerio de Salud, las tasas de mortalidad materna entre las adolescentes fueron del 15,3% en 2003, el 26% en 2004 y el 21,4% en 2005, con lo que el aborto practicado en esas condiciones pasó a ser la segunda de las diez principales causas de mortalidad femenina en El Salvador. Según un informe de la Procuraduría para la Defensa de los Derechos Humanos, los suicidios de adolescentes representan el 40,6% de todos los casos asociados a la mortalidad materna indirecta.

67. La elevada tasa de embarazos de adolescentes pone de manifiesto la ineficacia de las medidas preventivas y de sensibilización adoptadas por las instituciones del Estado. Según la encuesta de 2007 sobre la población y los hogares,

como mínimo, 48.000 jóvenes entre las edades de 12 y 19 años tienen al menos un bebé. Si bien el mayor porcentaje de embarazos en la adolescencia es el de las jóvenes de 15 a 19 años de edad, se ha informado de que 2.731 jóvenes de edades comprendidas entre los 12 y los 14 años ya han tenido su primer bebé. La gran mayoría de las jóvenes en esta última categoría han abandonado la escuela y no se benefician de ningún programa de enseñanza escolar o no escolar o de cursos de formación que pudieran facilitar su regreso a la escuela en el futuro. Una encuesta nacional realizada en 2008 indicó que esos elevados niveles de embarazo en la adolescencia podrían reducirse considerablemente si la educación sexual y la planificación familiar se trataran generalizadamente y de manera abierta en los planes de estudio de las escuelas. Esta medida también favorecería la prevención de la feminización del VIH/SIDA y otras enfermedades de transmisión sexual en el país a la que se han referido algunos informes.

68. La Relatora Especial tuvo conocimiento de varios casos en que mujeres que habían sufrido un aborto involuntario o habían tenido un parto complicado sin asistencia médica que había dado lugar a muertes habían sido acusadas automáticamente de homicidio agravado, el cual es penalizado y castigado por el Código Penal con pena de prisión de 30 a 50 años (véanse los estudios de caso que se describen a continuación).

### **Estudio de caso**

Las deficiencias del enjuiciamiento y la imposición de condenas inadecuadas en casos de presunto aborto ilegal son evidentes en el caso de Isabel Cristina Quintanilla, que fue condenada a 30 años de prisión a pesar de que los cargos que se le imputaban no fueron probados de manera satisfactoria. En agosto de 2005 la Sra. Quintanilla fue condenada por homicidio agravado de su hijo recién nacido. El 12 de junio de 2009, después de años de esfuerzos loables de las organizaciones de mujeres, la Corte Suprema de Justicia revisó la sentencia condenatoria, reduciéndola de 30 a 3 años. La Corte sostuvo que la condena impuesta a la sentenciada era excesiva, severa y particularmente desproporcionada, y concluyó que había razones suficientes, de índole moral, de justicia y de equidad, que justificaban esa revisión. En sus consideraciones incluyó el hecho de que el juez de paz que conoció de la causa en la primera audiencia lo había desestimado basándose en que no había pruebas suficientes para atribuir a la madre la muerte del recién nacido.

### **Estudio de caso**

Yolanda (nombre ficticio) es una chica de 20 años de edad, de origen muy pobre, que cumple una condena de 30 años de prisión por el homicidio agravado de su bebé recién nacido. Según su testimonio, su bebé nació muerto, estrangulado por el cordón umbilical. A causa de graves complicaciones de salud resultantes del parto, fue llevada al hospital por la mujer para quien trabajaba como empleada doméstica, y posteriormente fue remitida a la cárcel. Su derecho al debido proceso

fue vulnerado, pues el defensor público le aconsejó no asistir a la audiencia de su causa. Más tarde Yolanda conoció las declaraciones no corroboradas de su empleadora, que la acusaba de cometer el delito. A Yolanda le habían advertido que si quería que su sentencia condenatoria fuera revisada tenía que contratar a un abogado privado. La vulneración de su derecho al debido proceso se ve reflejada, entre otros factores, en su incapacidad para contratar a un abogado privado, su no participación en el juicio y la admisión en éste de declaraciones no comprobadas.

### **c) Estadísticas y reunión de datos**

69. A falta de una institución encargada de integrar y sistematizar toda la información estadística sobre la violencia de género, varias instituciones, entre ellas el Instituto de Medicina Legal, el Instituto Salvadoreño para el Desarrollo de la Mujer y la Procuraduría General de la República, reúnen sus propias estadísticas utilizando metodologías y clasificaciones diferentes sobre las formas de violencia de género. La existencia de datos estadísticos múltiples y divergentes suele conducir a la fragmentación y la duplicación de los datos y, por lo tanto, a una información engañosa.

70. La falta de preparación de estadísticas nacionales completas y amplias sobre la violencia contra las mujeres y en general sobre la discriminación por motivos de género, preocupación destacada en el informe de la anterior titular del mandato, sigue siendo un grave obstáculo para los esfuerzos por determinar el alcance del problema y hacer un seguimiento de los progresos y dificultades de las medidas adoptadas. La Relatora Especial toma nota de que el Gobierno reconoce el problema y de que se ha comprometido a trabajar para establecer un sistema estadístico amplio y unificado.

71. La divergencia en la información recibida de las diferentes instituciones del sistema de justicia penal en relación con las manifestaciones de violencia contra las mujeres, en particular los asesinatos violentos, no sólo plantea preocupaciones sobre la exactitud de la información reunida, sino que, además, pone de manifiesto la falta de coordinación efectiva entre esas instituciones en la investigación, el enjuiciamiento y la condena. Varios interlocutores destacaron que el hecho de que el “feminicidio” no figurara como tipo de delito en las estadísticas ni en las metodologías de presentación de informes de la policía contribuía a hacer invisible el fenómeno y, por lo tanto, a la percepción de impunidad de los delitos de feminicidio.

72. A pesar de que la Procuraduría General de la República y el Ministerio de Salud Pública y Asistencia Social son responsables de supervisar la aplicación de la Ley contra la violencia intrafamiliar, las estadísticas que reúnen no contienen información específica sobre la violencia contra las mujeres y no todos sus datos están desglosados por sexo. Otra deficiencia es que los embarazos de las jóvenes no son registrados como casos de violencia, con lo que en las estadísticas no aparecen las investigaciones de los casos de estupro. Además, se ha señalado que, a pesar

del aumento en el número de delitos motivados por el odio contra las personas lesbianas, gays, bisexuales y transgénero, ninguna institución reúne estadísticas sobre esas víctimas de la discriminación y la violencia.

73. La falta de recursos humanos y materiales suficientes para la reunión de datos es también un motivo de preocupación; por ejemplo, la Procuraduría General de la República tiene una sola unidad encargada del registro de los casos de violencia intrafamiliar, cuya sede está en San Salvador. Esto no sólo limita drásticamente la capacidad para reunir información de manera oportuna y diligente, sino que, además, dificulta seriamente a las víctimas de las zonas rurales el acceso a la justicia y a la información.

74. El Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer instó a El Salvador a que estableciera un sistema general de reunión de datos para evaluar las tendencias de la situación de las mujeres e invitó recientemente al Estado parte a que prestara particular atención a la reunión de datos acerca de los grupos de mujeres más vulnerables, incluidas las mujeres que vivían en las zonas rurales y las mujeres indígenas, las migrantes, las trabajadoras domésticas y las que trabajaban en las empresas maquiladoras.

## VII. Conclusiones y recomendaciones

75. A pesar del establecimiento de instituciones democráticas desde que terminó la guerra civil en 1992, la consolidación de la gobernanza democrática y el desarrollo humano en El Salvador se ve hoy obstaculizada de manera importante por las altas tasas de pobreza, desigualdad y desempleo y por los alarmantes niveles de delincuencia, impunidad y disminución de la confianza en las instituciones públicas.

76. En el ámbito de la igualdad de género y la violencia contra la mujer, a pesar de los avances en materia legal, institucional y de políticas que reflejan la intención del Gobierno de cumplir con sus obligaciones de diligencia debida, sigue habiendo problemas. La impunidad de los delitos, las disparidades socioeconómicas y la cultura machista siguen fomentando un estado generalizado de violencia en que la mujer se ve sometida a una serie continuada de actos múltiples de violencia. Otros problemas importantes subsistentes están relacionados con los derechos sexuales y reproductivos, en particular, las repercusiones y consecuencias de la prohibición total del aborto y la falta de un sistema amplio de reunión de datos para orientar las políticas y vigilar los avances en el ámbito de la violencia contra la mujer.

77. Teniendo en cuenta la información recibida, la Relatora Especial considera que las recomendaciones contenidas en el informe de la anterior titular del mandato siguen siendo pertinentes y aplicables, por lo que reitera y apoya la opinión de que es necesario que el Gobierno:

- a. Establezca una base amplia de información y conocimientos que tenga en cuenta los problemas de la mujer, entre otras cosas mediante la creación de una comisión de estadística con el fin de:
  - i) Mejorar la reunión de datos y el análisis de los incidentes de violencia y discriminación contra la mujer en todos los sectores pertinentes, en particular en relación con el trabajo, la salud, la educación y el sistema de justicia penal y, al mismo tiempo, garantizar la seguridad y el derecho a la intimidad en todo el proceso;
  - ii) Garantizar métodos comunes, fiables y transparentes de registro de todas las formas de violencia contra la mujer, sus causas y consecuencias. Estos datos deben desglosarse por sexo, edad, raza, origen étnico y otras variables socioeconómicas que incrementan la vulnerabilidad de las mujeres y niñas a la violencia. Esto es particularmente pertinente en el caso de las mujeres indígenas y en el de las que viven en las zonas rurales;
  - iii) Desarrollar indicadores sobre la respuesta del Estado a la violencia contra la mujer que reflejen de qué manera las medidas de prevención, protección y reparación han permitido el ejercicio efectivo de los derechos. Su exactitud dependerá en buena parte de que garanticen que todos los casos denunciados y detectados sean registrados y puedan ser objeto de rastreo a través de un sistema de seguimiento eficaz;
  - iv) Institucionalizar medios y métodos que permitan que la información sobre pautas, tendencias y respuestas del Estado a los casos de violencia sea compartida con diversos actores, como las entidades públicas, las instituciones académicas y las organizaciones internacionales y no gubernamentales;
- b. Garantice la protección de la mujer mediante reformas de la legislación, de las investigaciones y del sistema judicial, entre otras cosas:
  - i) Elaborando una política estatal integral, coordinada y dotada de recursos apropiados que elimine todos los obstáculos subsistentes para la aplicación efectiva de las leyes existentes, por ejemplo tipificando como delito la violencia contra las mujeres. Los mecanismos de investigación y supervisión de todas las denuncias de violencia deben incluir, para ser eficaces, medidas que institucionalicen la cooperación y el intercambio de información entre las entidades de investigación, en particular la Procuraduría General de la República y la Policía Nacional Civil. Es fundamental que se

elaboren y apliquen protocolos para facilitar y promover la investigación efectiva, uniforme y transparente;

- ii) Reconociendo el feminicidio como categoría autónoma de delito. El Comité de Expertos del Mecanismo de Seguimiento de la Implementación de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer señaló en su declaración sobre el feminicidio, de 15 de agosto de 2008, que los Estados debían garantizar mayor y mejor acceso de las mujeres a la justicia, mejorando el sistema de investigación criminal y la protección brindada a las mujeres afectadas por la violencia, mediante, entre otras cosas, la utilización de expertos forenses, mejorando el procedimiento judicial para eliminar la impunidad de los agresores y sancionando adecuadamente a los funcionarios que no ejerzan la debida diligencia en esos procedimientos;
- iii) Adoptando medidas concretas para garantizar la protección de las mujeres que son víctimas de discriminación y violencia por razón de su orientación sexual o identidad de género;
- iv) Ratificando el Protocolo Facultativo de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, el Protocolo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional;
- v) Armonizando la legislación nacional con la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer y la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra la Mujer, así como con otros instrumentos internacionales de derechos humanos que combaten la violencia y la discriminación contra la mujer. Esta labor entraña introducir nuevas enmiendas al Código de Procedimiento Penal para garantizar la prohibición de la conciliación en todos los casos de violencia intrafamiliar y la prohibición explícita de los castigos corporales de los niños. Además, es esencial que se ponga en marcha un diálogo nacional sobre la legislación en materia de aborto, a fin de considerar la introducción de excepciones a su prohibición general, sobre todo en los casos de aborto terapéutico y de embarazos resultantes de violación o incesto;
- vi) Garantizando, en consulta con organizaciones de la sociedad civil, la elaboración de una ley integral sobre la violencia contra la mujer que tipifique como delito todas las formas de violencia y abarque las cuestiones relativas a la prevención y la protección, así como

al empoderamiento y el apoyo de las víctimas, lo que incluye la disponibilidad de medidas de reparación para los sobrevivientes y el castigo adecuado para los autores. Es esencial que se asignen suficientes recursos presupuestarios y humanos al sistema de justicia para poder garantizar que los mecanismos de aplicación y vigilancia sean eficaces;

- vii) Aprobando leyes para proteger a las víctimas de la trata con arreglo a las normas internacionales de derechos humanos y enjuiciar efectivamente a quienes se sirven de las personas sometidas a la trata y a quienes abusen de ellas;
- c. Fortalecer la infraestructura institucional, entre otras cosas asignando los recursos suficientes para garantizar la sostenibilidad y la eficacia:
- i) Estableciendo una dependencia especializada de investigación y enjuiciamiento de los feminicidios para combatir el cuadro persistente de impunidad de los asesinatos violentos por motivos de género y realizar investigaciones penales efectivas;
  - ii) Asegurando la financiación necesaria para mejorar la infraestructura existente de apoyo a las víctimas de la violencia de género y crear nuevos centros que presten servicios psicosociales, jurídicos y de acogida en todo el país, prestando especial atención a la vulnerabilidad creciente de las mujeres indígenas y de las que viven en las zonas rurales;
  - iii) Fomentando la capacidad de instituciones como el Instituto Salvadoreño para el Desarrollo de la Mujer, la Policía Nacional Civil, la Procuraduría General de la República, la Corte Suprema de Justicia y el Instituto de Medicina Legal, aumentando sus recursos humanos y materiales;
  - iv) Apoyando a la Procuraduría para la Defensa de los Derechos Humanos, entre otras cosas reconociendo institucionalmente su autoridad y proporcionándole recursos suficientes para garantizar su independencia y la eficacia de sus operaciones;
  - v) Fortaleciendo las instituciones encargadas del adelanto de la mujer y la igualdad de género, en consonancia con la Declaración y Plataforma de Acción de Beijing, poniendo a su disposición mandatos, facultades y atribuciones claramente definidos, visibilidad y recursos humanos y financieros, mejorando así su capacidad para coordinar las medidas adoptadas a nivel local y nacional y darles seguimiento;



- d. Poner en marcha nuevos programas de capacitación y sensibilización, entre otras cosas:
- i) Aumentando el apoyo a la capacitación que integre consideraciones de género y preste especial atención a los derechos humanos de las mujeres destinada a funcionarios públicos participantes en el enjuiciamiento de los casos de violencia y discriminación contra la mujer, a fin de que lleven a cabo investigaciones y enjuiciamientos adecuados y eficaces respetando al mismo tiempo la integridad y la dignidad de las víctimas y sus familias durante todo el proceso;
  - ii) Institucionalizando la capacitación que integre consideraciones de género y preste especial atención a los derechos humanos de las mujeres destinada a funcionarios públicos de otros sectores que se ocupan de la violencia y la discriminación contra la mujer, entre ellos los de la salud, la educación y el trabajo, a fin de que puedan responder eficazmente a todas las formas de violencia contra la mujer;
  - iii) Velando por que todos los programas y estrategias de generación de empleo y mitigación de la pobreza tengan en cuenta las consideraciones de género, y por que las mujeres, especialmente las mujeres indígenas y las de las zonas rurales, tengan pleno acceso a los programas de alfabetización de adultos y formación profesional;
  - iv) Llevando a cabo campañas de sensibilización, con el apoyo de los medios de comunicación conscientes del problema, encaminadas a eliminar las actitudes estereotípicas y las normas culturales sobre los roles y responsabilidades de la mujer y el hombre en la familia, la sociedad y el lugar de trabajo;
  - v) Integrandó la perspectiva de igualdad de género en los libros de texto y planes de estudio, entre otras cosas en relación con los derechos sexuales y reproductivos, e impartir capacitación en cuestiones de género a los maestros con miras a cambiar las actitudes patriarcales y los estereotipos de género;
- e. Vigilar la aplicación e imponer el cumplimiento de las normas internacionales y regionales de derechos humanos en general, con especial atención en el sector laboral:
- i) Ejerciendo la debida diligencia en la lucha contra la violencia, el acoso y las violaciones de las normas laborales en el lugar de trabajo, entre otras cosas mediante la adopción de medidas legisla-

tivas, administrativas y de otra índole para garantizar el acceso a la seguridad social y otras prestaciones laborales, la vigilancia de las normas laborales, en particular en las maquilas y en los domicilios privados, la investigación de las denuncias y el enjuiciamiento de los autores de las violaciones;

- ii) Incluyendo el trabajo doméstico en la definición de la OIT de las “*peores formas de trabajo infantil*” y adoptando medidas para eliminarlo.



Con el apoyo de



**“Fortalecimiento de la Institucionalidad relativa a la Calidad de la Justicia y Seguridad por medio del Aumento de la Efectividad y la Reducción de la Impunidad en los Delitos contra la vida, la Integridad Física y la Violencia de Género en El Salvador” (FORCEF, fase II).**