

Ventana

J u r í d i c a

Año VII - Vol. 1

No. 11

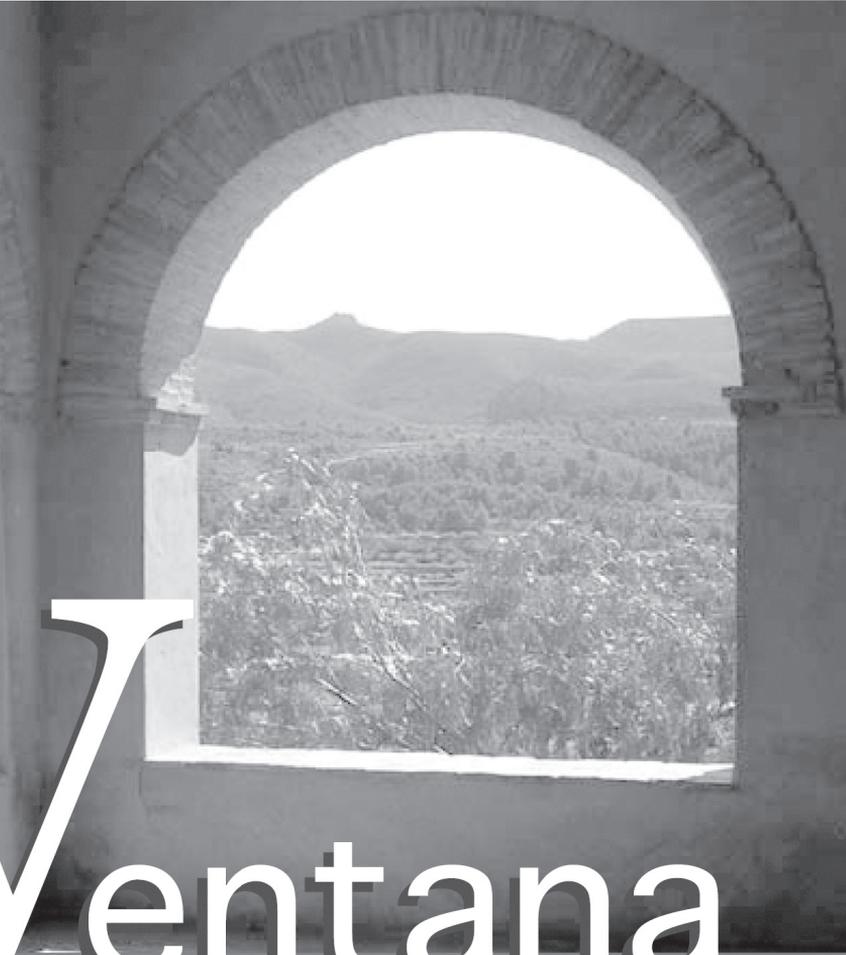
Enero - junio 2014

Vigésimo Aniversario

Escuela de Capacitación Judicial
"Dr. Arturo Zeledón Castrillo"



USAID
DEL PUEBLO DE LOS ESTADOS
UNIDOS DE AMÉRICA

A black and white photograph of a landscape viewed through a stone archway. The landscape consists of rolling hills and fields, with a road winding through the middle ground. The archway is made of rough-hewn stone.

Ventana

J u r í d i c a

Año VII - Vol. 1

No. 11

Enero - junio 2014

Vigésimo Aniversario

Escuela de Capacitación Judicial
"Dr. Arturo Zeledón Castrillo"



USAID
DEL PUEBLO DE LOS ESTADOS
UNIDOS DE AMERICA



PUBLICACIÓN ESPECIAL

VIGÉSIMO ANIVERSARIO

**ESCUELA DE CAPACITACIÓN JUDICIAL
"DR. ARTURO ZELEDÓN CASTRILLO"**

ISSN
2070-3120

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

Elaboración y coordinación de proyecto

Licda. Bessy Jeannette Aguirre de Flores
Coordinadora del Área de Justicia Penal Juvenil y Técnicas de Oralidad
Consejo Nacional de la Judicatura

Autores

Carlos Ernesto Sánchez Escobar, salvadoreño
Herbert Walter Aquino Silva, salvadoreño
Iván Fabio Meini Méndez, peruano
Lourdes Gaitán Muñoz, española
Manuel Atienza, español
Martín Alexander Martínez Osorio, salvadoreño
Roberto Enrique Rodríguez Meléndez, salvadoreño

Diseño y diagramación

Guadalupe Hernández Mejía

Impresión

Talleres Gráficos UCA
1ª. Edición 2014

El contenido de los artículos publicados es de exclusiva responsabilidad de sus autores.

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

Publicación del Consejo Nacional de la Judicatura con el financiamiento del programa de USAID para el Fortalecimiento de la Democracia, Proyecto de Fortalecimiento del Sector de Justicia.

The Document “**Ventana Jurídica No. 11**” is made possible by the support of the American People through the United States Agency for International Development (USAID). The contents of “**Ventana Jurídica No. 11**”, are the sole responsibility of the authors, and do not reflect the views of USAID or the United States Government.

El documento “**Ventana Jurídica No. 11**” ha sido posible gracias al apoyo del pueblo de los Estados Unidos de América a través de la Agencia de los Estados Unidos para el Desarrollo Internacional (USAID). Los puntos de vista del documento “**Ventana Jurídica No. 11**”, son responsabilidad de sus autores, y no reflejan necesariamente los de USAID o los del Gobierno de los Estados Unidos.

PLENO DEL CONSEJO



Presidente

Lic. Tito Edmundo Zelada Mejía

Consejales 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”

Dr. Roberto Enrique Rodríguez Meléndez - Director

Lic. José Hugo Granadino Mejía – Subdirector



CONTENIDO

Presentación	9
1. A 20 años de ser y hacer Escuela: Itinerarios para fortalecer la institucionalidad de la capacitación judicial en El Salvador	13
Roberto Enrique Rodríguez Meléndez	
2. Ideología y Reforma Penal: Aspectos problemáticos del saber penal y la punición legislativa	49
Carlos Ernesto Sánchez Escobar	
3. Comentarios a la Jurisprudencia Constitucional relacionada con los Delitos de Narcotráfico	101
Martín Alexander Martínez Osorio	
4. Bases legales y criminológicas de la Granja de Rehabilitación de Jóvenes en conflicto con la ley Penal Juvenil	127
Herbert Walter Aquino	
5. El bienestar social de la infancia y los derechos de los niños	173
Lourdes Gaitán Muñoz	
6. Cómo analizar una Sentencia Penal.....	201
Manuel Atienza	
7. La pena: función y presupuestos	213
Iván Meini	

PRESENTACIÓN

En el marco del 20 aniversario de la Escuela de Capacitación Judicial “Dr Arturo Zeledón Castrillo”, del Consejo Nacional de la Judicatura, dedica la presente edición especial del número 11 de la Ventana Jurídica, publicación que mantiene un vínculo de comunicación permanente con los operadores del sistema de administración de justicia y la comunidad jurídica en general, diseñada con artículos de autores nacionales e internacionales que enriquecen y retroalimentan los conocimientos jurídicos que poseen.

Veinte años de trayectoria y experiencia como un ente de formación judicial, se convierten en una valiosa oportunidad que nos permite celebrar ese crecimiento institucional que hemos alcanzado y que representan para el futuro de la Escuela de Capacitación Judicial grandes desafíos, por ello, paulatinamente el Consejo ha realizado esfuerzos por mejorar los servicios de formación que se brindan, entre ellos: la formación judicial con enfoque por competencias, la implementación de las modalidades virtual y semi-presencial de cursos, la puesta en marcha de la maestría judicial a nivel de posgrado en convenio con la Universidad de El Salvador, el diseño de procesos de formación especializada, la creación dentro de la Escuela de la Sección de Investigación y recientemente de la Sección de Género dentro del CNJ, entre otros.

Sin embargo, la Escuela mantiene siempre la prioridad de mejorar de manera constante y permanente sus propios procesos de formación, proponiéndose metas ambiciosas y estratégicas que permitan cumplir con su misión y visión, fortaleciendo los estándares de calidad en la continua búsqueda de la excelencia en todo su quehacer, para avanzar con innovación, proactividad y espíritu de servicio, la ruta a seguir en los años subsiguientes.

Los autores de los artículos que forman parte de esta Edición de Aniversario, generalmente han contribuido a la historia de la institución, proporcionando desinteresadamente valiosas aportaciones, opiniones, análisis académicos e investigaciones, con la finalidad de que se conviertan en insumos para el análisis, discusión y formulación de propuestas de solución en temas de actualidad que contribuyan al mejoramiento del desempeño de la Administración de Justicia. También esta revista, rinde un homenaje a quienes fueron y forman parte de la génesis y trayectoria de esta Escuela.

Más allá del registro que la crónica pueda hacer en este número de la Ventana Jurídica, que contiene herramientas académicas para la comunidad jurídica salvadoreña, esta edición tiene la particularidad de estar en el marco del XX aniversario de la Escuela de Capacitación Judicial, lo que se convierte en un suceso significativo que ratifica la vigencia de una institución con amplias proyecciones y perspectivas, resituándonos en los momentos de su fundación, un acontecimiento que impactó

positivamente en la profesionalización de la Administración de Justicia, a través de un compromiso asumido desde los Acuerdos de Paz de 1992.

En este marco, las páginas de esta publicación están dedicadas a rescatar algunos nombres y algunos hechos que fueron marcando la historia de estos 20 años y a resaltar las actividades y el espíritu que alienta el funcionamiento de esta Escuela.

Expresamos nuestros agradecimientos a quienes hicieron posible la presente edición, de manera especial a los autores y a la Agencia de los Estados Unidos para el Desarrollo Internacional USAID, por medio del *“Proyecto de Fortalecimiento de Sector de Justicia”*, quienes nos han brindado su apoyo en diversas iniciativas, estrategias, propuestas y acciones especialmente relacionadas con el mejoramiento del diseño y capacidad organizacional de la Escuela de Capacitación Judicial e efecto de responder con mayor calidad y efectividad a las demandas de nuestros usuarios, así como también en procesos de identificación de necesidades actuales de formación de Jueces, Magistrados y colaboradores judiciales, en pro de la administración de justicia en nuestro país.

Consejo Nacional de la Judicatura

LOS AUTORES

Carlos Ernesto Sánchez Escobar

Magistrado de Cámara 1° de lo Penal. Máster en Administración de Justicia Penal, Universidad Nacional de Costa Rica. Profesor de Post-grado. M.D.B., Especialista en Derecho del Mercado Financiero y Derecho Penal Económico, Consultor y conferencista Internacional de USAID, SICA, PNUD, UNICEF, BCIE, BID, SICAD, INTERVIDA, PNUFID, CCAD, entre otros. Integrante del Consejo Consultivo Internacional de la Revista electrónica de la Maestría en ciencias Penales de la Universidad de Costa Rica. Capacitador de la Escuela de Capacitación Judicial “Dr. Arturo Zeledón Castrillo, de El Salvador.

Herbert Walter Aquino Silva

Profesor de Derecho Penitenciario y Criminología del área penal de la Escuela de Capacitación Judicial “Dr. Arturo Zeledón Castrillo”. Graduado de la Universidad de El Salvador y del profesorado en Filosofía de la Universidad Centroamericana “José Simeón Cañas”. Ha realizado estudios de especialización en Derecho penal en la Universidad de Salamanca y de Criminología. Actualmente se desempeña como Colaborador Jurídico de la Gerencia Jurídica de la Corte Suprema de Justicia.

Iván Fabio Meini Méndez

Profesor de Derecho Penal y Director de la Maestría en Derecho penal de la Pontificia Universidad Católica del Perú y Consultor Internacional en Derecho Penal, Transparencia y Anticorrupción. Es Doctor en Derecho por la Universidad de Cádiz, Master en Política y Gestión Universitaria, Universidad de Barcelona, y diversas estancias de investigación en Universidad de Cádiz, España, Universidad de Göttingen, Alemania. Instituto de Derecho Penal Extranjero e Internacional. Beca del Deutscher Akademischer Austausch Dienst, DAAD (Servicio Alemán de Intercambio Académico) y Instituto Max Planck para el Derecho Penal Extranjero e Internacional, Freiburg i.B. Alemania. Beca de la Sociedad Max Planck.

Lourdes Gaitán Muñoz

Doctora en Sociología y Diplomada en Trabajo Social. Presidenta de la Asociación Grupo de Sociología de la Infancia y la Adolescencia (GSIA). Miembro fundador de la Red Europea de Master en Derechos de los Niños, así como del RG Sociología de la Infancia de la European Sociology Association.

Manuel Atienza

Catedrático de Filosofía del Derecho de la Universidad de Alicante, Director de la revista *Doxa-Cuadernos de Filosofía del Derecho*. Profesor en la Universidad Autónoma de Madrid y la Universidad de Valencia, así como de la Academia Europea de Teoría del Derecho. Profesor visitante en numerosas universidades, entre las que se destacan la Universidad de Buenos Aires, en Argentina y la universidad de Cornell University, en Estados Unidos.

Martín Alexander Martínez Osorio

Profesor de Derecho penal y docente del área penal de la Escuela de Capacitación Judicial “Dr. Arturo Zeledón Castrillo”. Graduado de la Universidad de El Salvador y de la Maestría de Derecho Penal Constitucional de la Universidad Centroamericana “José Simeón Cañas”. Ha realizado estudios de especialización en Derecho penal en la Universidad de Salamanca y de Criminología. Actualmente se desempeña como Colaborador Jurídico (letrado) de la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia.

Roberto Rodríguez Meléndez

Director de la Escuela de Capacitación Judicial “Dr. Arturo Zeledón Castrillo” de El Salvador. Es Doctor en Derecho (especialidad en derechos fundamentales) y Doctor en Sociología por las Universidades Carlos III de Madrid y de Deusto, respectivamente. Master en Cooperación Internacional para el Desarrollo (UNED/CYES) y en Sociología del Derecho (IISJ) Investigador asociado y docente en la Universidad Centroamericana José Simeón Cañas (UCA), para los Departamentos de Ciencias Jurídicas, Sociología y Ciencia Política.

A 20 años de ser y hacer Escuela: Itinerarios para fortalecer la institucionalidad de la capacitación judicial en El Salvador

Roberto Rodríguez Meléndez¹

*“Dicen que la historia se repite,
pero lo cierto es que sus lecciones no se aprovechan.”*

Camille Sée

SUMARIO

*I.- Una fotografía desde varios rincones II.- Una paternidad cuestionada en sus orígenes,
pero con posterior reconocimiento...¡constitucional! III.- Una adolescencia y mayoría de
edad dentro de un entorno complejo IV.- Prospectiva*

I.- Una fotografía desde varios rincones

Tuve conocimiento de la Escuela Judicial en El Salvador, cuando iniciaba una de mis primeras actividades laborales en el país, previo a tomar posesión del cargo de colaborador jurídico dentro de los tribunales creados entre 1991-1992, en San Salvador, donde se desarrolló un proceso de formación para dichos perfiles. Ahí, tuve la oportunidad de ser parte de uno de los primeros grupos que tuvieron una capacitación previa para ingresar como colaboradores jurídicos al Órgano Judicial, en el seno de una naciente Escuela Judicial en El Salvador. Era una Escuela que, como conocen muchos profesionales del Derecho, era gestionada en ese momento histórico en el seno de Corte Suprema de Justicia.

Posteriormente, luego de una estancia fuera del país, me uní al staff de capacitadores de la Escuela en el año de 1997 en el ámbito del “Área de Derecho Constitucional y Derechos Humanos”. Poco después, pasaba a ser parte del equipo de la Escuela como “profesional especializado”, para finalizar ese periodo como “Coordinador de Área”. Unos años después, me “reenganchaba” en la Escuela, asumiendo la función de Coordinador del Programa de Formación Inicial para Jueces. Vale la pena mencionar que en esos años, la “Escuela” era ya una de las Unidades Sustantivas del Consejo Nacional de la Judicatura de El Salvador.

1. Mi sincero agradecimiento a mis colegas Bessy Jeannette Aguirre de Flores, Lucia Prado Casal y Fernando Marroquín Galo, quienes dieron lectura al borrador original de este texto y lo mejoraron sustancialmente con nuevas ideas y mejoras que permiten comprender muchas de las desorganizadas ideas que el autor ha plasmado aquí y han propiciado también la reflexión sobre contenidos que inicialmente no había comprendido.

En los días que se escriben estas líneas, *he vuelto otra vez a la Escuela*. No cabe duda que... ¡¡¡me hace falta!!!, pues me une a la misma, su gente, su misión y la idea de que el mejoramiento como personas y como profesionales, no se gana a través de un momento específico de nuestra vida, sino que se trata de un proceso permanente, en el que a través de una “Escuela” podemos contribuir.

Hoy que la Escuela es cercana a sus 20 años de vida, como Unidad Sustantiva del CNJ, merece la pena reflexionar sobre los retos de una entidad que pese a múltiples desafíos se ha ganado un espacio dentro de la institucionalidad judicial salvadoreña.

II.- Una paternidad cuestionada en sus orígenes pero con posterior reconocimiento...;constitucional!

Es usual celebrar natalicios, vísperas, fiestas religiosas, aniversarios, cumpleaños y una amplia variedad de sucesos frente a los cuales deseamos reconocer o recordar su origen, quizá por el impacto que ha dejado una persona, institución o actividad en el devenir de nuestra cultura.

De hecho, estas líneas se escriben en el momento en que se celebra el XXX aniversario de la Constitución de la República de El Salvador, siendo dentro de esta norma fundamental que se incluye un artículo que brinda rango constitucional al Consejo Nacional de la Judicatura y al rol que desempeñaría su Escuela de Capacitación Judicial.

Este artículo expresa hoy:

“Art. 187.- El Consejo Nacional de la Judicatura es una institución independiente, encargada de proponer candidatos para los cargos de Magistrados de la Corte Suprema de Justicia, Magistrados de las Cámaras de Segunda Instancia, Jueces de Primera Instancia y Jueces de Paz.

Será responsabilidad del Consejo Nacional de la Judicatura la organización y funcionamiento de la Escuela de Capacitación Judicial, cuyo objeto es el de asegurar el mejoramiento en la formación profesional de los jueces y demás funcionarios judiciales.

Los miembros del Consejo Nacional de la Judicatura serán elegidos y destituidos por la Asamblea Legislativa con el voto calificado de las dos terceras partes de los Diputados electos.

La ley determinará lo concerniente a esta materia”.

No obstante, la Constitución de 1983 disponía de un texto original, diferente al antes citado². Y si bien es cierto que el CNJ posee su fundamento constitucional en el texto

2. Este artículo poseía una redacción original diferente en el texto de la Constitución de 1983, y fue objeto de reforma, a partir del contexto generado por los Acuerdos de Paz de 1992. Específicamente véase: D.L n°64 de 31 de octubre de 1991, publicado en el D.O. n° 217, Tomo n° 313 de 20 de noviembre de 1991.

original de 1983, su Escuela lo tendría hasta las reformas a la Constitución surgidas a partir de los Acuerdos de Paz³.

En todo caso, la génesis de la Escuela de Capacitación Judicial de El Salvador –ECJ– está relacionada de forma estratégica con la institución de la cual hoy forma parte, y que en su momento inspiró toda una corriente de reformas institucionales tanto en el ámbito latinoamericano como europeo que buscaban separar las funciones administrativas y de gestión de la función propiamente jurisdiccional que ejercen jueces y magistrados.

De hecho, a partir de la incorporación del CNJ en el texto constitucional, se hacía necesario su desarrollo legislativo, pero, al parecer, dicha acción fue dilatada en el tiempo.

A este respecto nos señalan Alemán Martínez, Salguero Magaña y Salguero Magaña: “luego que entró en vigencia la Constitución, pasaron los años y la Corte Suprema de Justicia no creaba la Ley que regulara al Órgano del Consejo Nacional de la Judicatura, violando de esta forma la disposición constitucional que lo establecía; lo anterior atendía a intereses partidistas, ya que las Cortes Supremas de Justicia de aquel entonces, pretendían continuar hegemonizando los cargos públicos para determinados sectores. Con ello se explica que la institución del Consejo quedaba en letra muerta, y fue hasta el mes de octubre de 1989, que la citada Ley a que hacemos referencia salió (sic) publicada en el Diario Oficial”⁴.

Así, la primera Ley del Consejo Nacional de la Judicatura, fue aprobada mediante Decreto Legislativo N° 348 del 5 de octubre de 1989, publicado en el Diario Oficial N° 305, del 20 de octubre de 1989.

No obstante, la vida de este marco normativo fue paradójicamente muy corta -de un estimado aproximado de dos años-, ya que al parecer, la legislación secundaria que reguló al inicio la institucionalidad del CNJ no era lo suficientemente idónea para desarrollar no solo el texto constitucional, sino el sentido último de la creación

3. Establecía inicialmente el art. 187: “El Consejo Nacional de la Judicatura es el órgano encargado de proponer candidatos para los cargos de Magistrados de las Cámaras de segunda Instancia y de Jueces de Primera Instancia”.

La ley determinará la forma de designación de sus miembros, sus requisitos, la duración de sus funciones y demás materias atinentes al Consejo.”

4. “A lo anterior hay que agregar que la citada Ley entró en vigencia en el mes de noviembre de 1989, pero el Consejo no fue integrado inmediatamente, por lo que cabe mencionar que este comenzó a operar en los primeros meses del año de 1990, con una deficiente organización, y con facultades mínimas, ya que se le otorga la función de proponer candidatos, pero no nombrarlos, es decir, proponía pero no decidía; cosa que aún se mantiene actualmente, cuando debería darse al Consejo más campo jurídico, y encargable (sic) la administración de toda la carrera judicial”. Alemán Martínez, Ronald Danery; Salguero Magaña, Gustavo Adolfo; Salguero Magaña, José Tulio; “Retrasos en el cumplimiento de los Acuerdos de Paz, en lo que respecta al Consejo Nacional de la Judicatura como institución garante de la independencia judicial, a partir de la reforma constitucional de 1991-1994”, trabajo de graduación para optar al título de Licenciado en Ciencias Jurídicas, Universidad de El Salvador, Octubre de 1994. Disponible en: <http://www.csj.gob.sv/bvirtual.nsf/1004b9f7434d5ff106256b3e006d8a6f/b3571f5f454a8627062572cf004fc4a6?OpenDocument> . Revisado el 16/12/2013

del Consejo: descentralizar muchas de las funciones administrativas gestionadas y concentradas directamente en el seno de CSJ.

Esas limitaciones de esta naciente institución pueden identificarse desde los propios “considerandos” del marco normativo citado, en los que se expresa: *“Que para darle vigencia a tales principios –independencia judicial – la Constitución ha creado al Consejo Nacional de la Judicatura destinado a colaborar con la Corte Suprema de Justicia en la Selección de Magistrados de las Cámaras de Segunda Instancia y de Jueces de Primera Instancia”*.

Es indudable que el principio de colaboración debe de estar presente en las actuaciones de las instituciones públicas, pero lo que matiza o no define y proclama el anterior “considerando”, es el carácter autónomo de esta nueva institución. Merece destacarse que en todo caso, las funciones de “capacitación” y de “evaluación” no estaban presentes en este momento histórico dentro de la estructura organizacional del CNJ, aún y cuando esta última institución se añade a la estructura organizacional del Estado salvadoreño, en un momento que existía un amplio consenso sobre los por qué y los para qué de dicha instancia.

De hecho, como explica José María Rico, y lo cual ha sido retomado por CSJ por medio de su Sala de lo Constitucional, los Consejos de la Magistratura, como encargados del gobierno judicial surgieron en América Latina “con un triple propósito”:

- i. Limitar los poderes que tradicionalmente había ejercido el ejecutivo –en particular, a través del Ministerio de Justicia– en la designación de la Judicatura, contribuyendo con ello a garantizar una mayor independencia de la jurisdicción respecto de ese órgano, en aplicación del principio de separación o independencia de poderes;
- ii. Producir una democratización de la estructura judicial, mediante la eliminación de cualquier connotación político-partidista en el nombramiento de personal judicial y en el funcionamiento de la administración de justicia y,
- iii. Asegurar una mayor eficiencia del Órgano Judicial, entendida como una mayor capacidad para resolver los conflictos que ante dicho órgano se plantean, lo cual se pretende lograr mediante una mejor y más adecuada asignación de recursos a dicho órgano, una formación de calidad para el personal judicial y una administración más fluida y eficiente de los medios personales y materiales”⁵.

Como podrá colegirse de los literales anteriores, en el centro del quehacer de los Consejos de la Judicatura se encuentra el desarrollo y la gestión de lo que hoy llamamos “Carrera Judicial”⁶ y que no es otra cosa que la estructuración y

5. Cita tomada de los contenidos y considerandos formulados por la Sala de lo Constitucional dentro de la Sentencia de Inconstitucionalidad 5-99 de 20 de julio

6. De tal importancia es que el concepto de “Carrera” en el ámbito judicial, ha implicado el pronunciamiento de grandes juristas. Así, Carnelutti definía la Carrera Judicial como: *“El conjunto o la escala de grados del oficio judicial”*.

la gestión del “conjunto de personas con formación profesional que tienen a su cargo la función juzgadora, con carácter permanente y con derecho a ocupar distintos puestos, según su antigüedad y méritos”⁷. El jurista mexicano Fernando Flores García añade a ese proceso la necesidad de un periodo preparatorio para asumir los futuros cargos, y que estaría a cargo de la Escuela Judicial⁸.

Expresado lo anterior, pareciera que existía a principios de los años 90 un consenso a sobre la necesidad de desarrollar en la institucionalidad salvadoreña una “Escuela Judicial” que atendiese uno de los aspectos centrales de una carrera funcional: su profesionalización.

Lo paradójico en este momento histórico era...determinar bajo qué estructura organizacional debería crearse: ¿CSJ o CNJ?

Ante la duda, y con base a una larga tradición de desarrollar las acciones vinculadas con la función judicial, CSJ decide aventurarse en su creación. Es así como se explica que por Acuerdo Judicial de Corte Suprema de Justicia de El Salvador con fecha 5 de febrero de 1991⁹ se crease la “Escuela Judicial”, la cual estaba a cargo de un Consejo Directivo nombrado para tal efecto.

Los objetivos de la entonces “Escuela Judicial” al interior de CSJ merecen ser transcritos:

El objetivo general de la Escuela era: “*Desarrollar programas de capacitación especializada destinados a los funcionarios que integran la Carrera Judicial, y actualizar sus conocimientos y aptitudes para un mejor desarrollo de sus funciones con el fin de lograr una pronta y cumplida administración de justicia e impartir cursos de capacitación de ingreso al ejercicio de la función judicial*”.

Dentro de los objetivos específicos de la Escuela se encuentran, en este Acuerdo Judicial, los siguientes:

1. Realizar cursos básicos de ingreso a la Carrera Judicial
2. Efectuar cursos de actualización de distintas materias y especialidades
3. Desarrollar estudios judiciales avanzados que sirvan para la emisión de recomendaciones que ayuden prácticamente a la administración de justicia

Por su parte Pallarés, indicaba al respecto que consiste en: “*La profesión que ejercen los funcionarios judiciales o la serie de grados desde el más inferior hasta el superior, por los cuales van ascendiendo los funcionarios judiciales*”.

7. Tomado de: García Hernández, Jorge; “La Carrera Judicial”, en: Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM., p. 29-30. Cfr. también: Parodi Remón, Carlos; “La Carrera Judicial en América Latina”, en *XV Congreso Mexicano de Derecho Procesal*”, Instituto de Investigaciones Jurídicas/Instituto Mexicano de Derecho Procesal, Universidad Autónoma de México, México, 1998, p. 84-85.

8. Ídem.

9. Publicado en el Diario Oficial n° 35, Tomo 310 de 20 de febrero de 1991.

4. Desarrollar cursos de capacitación para personal de apoyo
5. Imprimir materiales didácticos que se necesiten para desarrollar los programas de capacitación
6. Preparar y utilizar sistemas audiovisuales con pláticas o conferencias relacionadas con el desempeño de las funciones de las personas que integran la carrera o que pretendan incorporarse a ella
7. Desarrollar programas para proyectarse a la comunidad jurídica nacional, organizando conferencias para analizar los temas de interés general por profesionales nacionales o extranjeros.
8. Organizar y mantener un sistema de becas para que los miembros de la Carrera Judicial puedan realizar dentro o fuera del país cursos de capacitación o de actualización
9. Los demás que a juicio de la Corte sean necesarios o convenientes para conseguir la finalidad primordial de la Escuela

Una amplia cita, pero que nos permite apuntalar el interés institucional de conformar al interior de la Administración de Justicia un espacio de reflexión sobre el quehacer judicial y apoyar la estrecha relación que debería de existir entre capacitación y carrera judicial en El Salvador.

Sin embargo, los Acuerdos de Paz incluyeron puntos relacionados al Sistema Judicial. En el punto 2 del apartado II, titulado: “Sistema Judicial y Derechos Humanos” se acordó redefinir la estructura del Consejo Nacional de la Judicatura. La modificación a configurar, tendría como propósito garantizar su independencia frente a los Órganos del Estado y partidos políticos. Asimismo, la reestructuración también afectaría la confirmación interna del mismo: no solo estaría integrado el CNJ por Jueces, sino por otros sectores de la sociedad, vinculados a la Administración de Justicia.

En el diálogo y consenso que sustenta los Acuerdos de Paz, se tomó la decisión de delegar al Consejo Nacional de la Judicatura la organización y funcionamiento de la Escuela de Capacitación Judicial, con el propósito de asegurar la capacitación profesional de Jueces, Magistrados y demás operadores judiciales¹⁰. Pero también se destaca la vinculación entre Capacitación y Carrera Judicial al indicarse también en los Acuerdos que en cuanto a la Carrera Judicial “La legislación secundaria proveerá lo conducente a que el ingreso a la carrera judicial se haga a través de mecanismos que garanticen la objetividad de la selección, la igualdad de oportuni-

10. Cfr. Naciones Unidas; “*Acuerdos de El Salvador: el camino hacia la paz*”, Naciones Unidas, San Salvador, 1992., p. 15

dades entre los aspirantes y la idoneidad de los seleccionados. Dichos mecanismos comprenderán concursos y el paso por la Escuela de Capacitación Judicial”¹¹.

Es así como se introduce una propuesta de reforma constitucional que modificó el art. 187 de nuestra Constitución, dando lugar a la necesaria adecuación de la legislación secundaria que brinda el marco de acción del CNJ.

En fin, pareciera que el ideario y la naturaleza propia de los Consejos de la Magistratura que venían desarrollándose en el seno del continente europeo –en su versión contemporánea- y que se afincó en los países latinoamericanos, especialmente en las décadas de los años 80 y 90, resultaba más adecuado o idóneo para sustentar las acciones relacionadas con el quehacer de una Escuela Judicial, al menos, en el caso de El Salvador, o eso al menos podríamos colegir del sentido de un Acuerdo Político y de una reforma constitucional.

Bajo esta reorganización constitucional y legal, el día 1 de mayo del año 1993 fue electo el primer Consejo Nacional de la Judicatura con la llamada “Nueva Ley”, eligiéndose a un total de 22 Consejales -11 Propietarios y 11 suplentes-, y tomando posesión del cargo de Presidente de dicha institución el Dr José Eduardo Tomasino.

Esta Ley, por primera vez, brinda un marco jurídico legal de desarrollo de la Escuela de Capacitación Judicial, y donde se afirma que el objeto primordial de la misma era (Art. 38) *“La capacitación teórica y práctica de Magistrados y Jueces, del personal judicial y del Ministerio Público, así como el estudio de la problemática judicial”*.

Sin embargo, los procesos de adecuación del CNJ dentro del entramado institucional salvadoreño no habían acabado. De ahí que este marco normativo sería también sustituido en el año de 1999, con una nueva ley del CNJ, hoy vigente, en la que se establece:

- a. Que corresponde al Pleno del Consejo la organización de la Escuela de Capacitación Judicial (Art. 35)
- b. Que sus principales objetivos son:

11 Ibidem, p. 16. A ello se agrega:

“a. En cumplimiento de los Acuerdos de México, el anteproyecto (*referido al nuevo marco normativo que debería dar cobijo legal al CNJ*) mencionado en el párrafo precedente deberá incluir la regulación de la Escuela de Capacitación Judicial, que funcionará bajo la responsabilidad del Consejo Nacional de la Judicatura y cuyo objeto será el de asegurar el continuo mejoramiento de la formación profesional de los jueces y demás funcionarios judiciales, así como la de los integrantes de la Fiscalía General de la República; de investigar sobre la problemática judicial del país y promover soluciones para la misma; y de propiciar mayores vínculos de solidaridad entre ellos y coherencia en una visión de conjunto sobre la función judicial en el Estado democrático.

b. El régimen de dirección y la organización de la Escuela se establecerán de modo que se asegure su independencia académica y su apertura a las distintas corrientes de pensamiento jurídico.”

- a. *Asegurar la capacitación técnica y profesional de Magistrados, Jueces y demás funcionarios judiciales y destinatarios de sus servicios*
- b. *Fortalecer las instituciones del sistema de administración de justicia y de las entidades o sectores vinculados con éste.*
- c. *Contribuir a la formación integral de los capacitandos, en cuanto conocimientos, habilidades, y actitudes; y*
- d. *Ofrecer una capacitación que responda a las necesidades reales de sus destinatarios y a los objetivos de las instituciones a las que éstos pertenecen (Art.39).*

De lo antes descrito podría inferirse:

- 1°.- Que por procesos de división funcional de competencias, dentro del seno de la organización de la Administración de Justicia, la Escuela “formalmente” nació en Corte Suprema de Justicia en 1991, pero sin tener el más mínimo espacio de desarrollo temporal y funcional, debido a la pronta entrada en vigencia de la reforma constitucional del art. 187 Cn.

Por lo antes descrito, aquellos que hemos venido trabajando en la Escuela, identificamos como “*seña de nacimiento y de identidad*” el cumplimiento del mandato constitucional que antes ha sido relacionado, es decir, cuando esta ha formado ya parte funcional, como Unidad Sustantiva del Consejo Nacional de la Judicatura, a partir de su desarrollo dentro del CNJ¹², pero no solo eso, sino de su puesta en funcionamiento. Y esa parte de la historia comienza a mediados de la década de los 90, aproximadamente en 1994, no sin estar exento dicho proceso, de inconvenientes y dificultades¹³.

De hecho, esos procesos de “acomodación institucional” del CNJ, continuaron dentro de la Administración de Justicia, e implicaron también la resolución de una demanda de inconstitucionalidad (Ref. 5-99) de 20 de julio de 1999 en la que los demandantes consideraban “*que el art. 187, creó al Consejo Nacional de la Judicatura, como una institución independiente pero dentro de la esfera del Órgano Judicial (OJ), al cual encargó colaborar en la Administración de Justicia, fijándole específicamente sus atribuciones, y dejando a la ley secundaria determinar lo concerniente a esta materia, siendo que la ley del CNJ debería decretarse por iniciativa del CSJ dado que ese alto tribunal es quien tiene la potestad constitucional de determinar qué atribuciones de su competencia considerará conveniente encomendarle al CNJ para que coadyuve en la Administración de Justicia*”.

12. Decreto n° 414 de 11 de diciembre de 1992, publicado en el Diario Oficial n° 8, Tomo 318 de 13 de enero de 1993.

13. De hecho, la Escuela de Capacitación Judicial, como Unidad Sustantiva del Consejo Nacional de la Judicatura, comienza su funcionamiento con una medida cautelar de carácter judicial que impidió el nombramiento del Director de la Escuela entre los años de 1994 y 1995. Sin embargo, la Escuela funcionó a través de la gestión de una Sub-dirección ad hoc. El primer Director de la ECJ sería el Dr. José Albino Tinetti quien tomaría posesión de su cargo en 1995.

Es indudable que los primeros años de la Escuela de Capacitación Judicial desde su fundación al interior de la CNJ fueron años “transicionales” y de carácter fundacional, en los que se estableció una primera idea de lo que implicaba “hacer Escuela”, en un proceso de correlación de fuerzas que propugnaban por una parte la separación de funciones formativas y administrativas de CSJ frente otras que hasta la fecha mantienen una visión más centralizada del Poder en el seno de Corte Suprema de Justicia y que justifican la “necesidad” de desarrollar procesos de capacitación desde dentro de esta última institución, aún y cuando existe un marco legal y una estructura organizacional para tal efecto.

Como dato curioso, hay un elemento compartido y consensuado entre CSJ y CNJ en lo que respecta a la Escuela: su denominación. La Escuela Judicial en CSJ fue nominada como “Escuela Judicial Dr. Arturo Zeledón Castrillo”¹⁴, nombre que fue reconfirmado en el seno del CNJ, en otro proceso simbólico de nominación, que es el actual: “Escuela de Capacitación Judicial Dr. Arturo Zeledón Castrillo”¹⁵.

2°.- Hoy el CNJ cuenta con un marco constitucional que le brinda independencia orgánica, presupuestaria y funcional, y ha retomado los esfuerzos que inicialmente se realizaron en el marco de la CSJ para desarrollar la Escuela de Capacitación Judicial, correspondiéndole su organización. Sus objetivos, atribuciones y capacidad jurídica para la definición de Planes y programas aparecen plasmados en este marco normativo que define su alcance.

3°.- Puede observarse que, dentro del proceso de configuración de la Escuela de Capacitación Judicial, ha existido un momento de escisión en el que funcional y orgánicamente las competencias de capacitación judicial han sido trasladadas de CSJ al CNJ. Sin ánimo de juridificar un problema que no es estrictamente legal, esto significa e implica que existe un Órgano del Estado de rango constitucional encargado de seleccionar, capacitar y evaluar a miembros del sistema judicial y, donde no debería existir, si pensamos en el uso adecuado de los recursos públicos, la duplicidad de esfuerzos, dada la especificidad de las funciones estatales encomendadas.

Tanto sentido tendría generar procesos de capacitación judicial por parte de CSJ, como desarrollar procesos de evaluación de jueces o la preparación de ternas en forma paralela a las funciones que realiza el CNJ. Este no es un argumento jurídico necesariamente, es el resultado de considerar la necesidad de optimizar

14. Fue nominada así mediante Acuerdo de Corte Plena n° 51 de fecha de 5 de febrero de 1991.

15. Nominada así en el marco el 10° Aniversario de la fundación de la Escuela de Capacitación Judicial en el año 2004, a propuesta del entonces Director Dr. José Ernesto Criollo. No cabe duda del mérito que precede en el mundo judicial salvadoreño la figura del Dr. Zeledón Castrillo que ha perdurado en el tiempo y en la institucionalidad pública. Tomado de: *Revista Enlace n° 16*, medio de comunicación institucional del Consejo Nacional de la Judicatura, Edición especial 10° Aniversario de la Escuela de Capacitación Judicial “Dr. Arturo Zeledón Castrillo”, CNJ, San Salvador, Julio-Septiembre de 2004., p. 7.

eficazmente el uso de los recursos procedentes de fondos públicos, como de identificar que cada institución del Estado tiene funciones propias e indelegables.

- 4°.- Tanto del marco normativo generado en el seno de CSJ como en la normativa vigente del CNJ se desprende la competencia de la ECJ de preparar a personas que aspiren a ingresar a la Carrera Judicial. Esto se concretó en el Programa de Formación Inicial para Jueces –PFI–, cuyo desarrollo en El Salvador desde el CNJ ha sido reconocido como uno de los principales avances para el mejoramiento de la Carrera Judicial en El Salvador. De hecho, ha sido el CNJ, a través de su Escuela, la primera institución judicial a nivel Centroamericano de implementar este tipo de procesos en la región.
- 5°.- Los cursos de actualización a los que se hace referencia en el fundamento del accionar de la ECJ, se han concretado en uno de los programas permanentes de la Escuela: El Programa de Capacitación Continua —PCC— y que puede considerarse como el eje de trabajo de mayor esfuerzo en los últimos años y, dentro del cual, se trata de brindar cobertura a los operadores judiciales sobre las reformas y nuevos marcos normativos que han venido implantándose en los últimos años.
- 6°.- La normativa fundacional de la ECJ insiste en el rol de investigación sobre la realidad judicial en el país. En este aspecto el CNJ posee, desde hace aproximadamente un año, de una Sección Especializada de Investigaciones —SEI—, cuya finalidad es, justamente, que el CNJ a través de su Escuela, cuente con un equipo de trabajo orientado al análisis de los procesos e instituciones judiciales, lo cual puede alimentar no solo los espacios de formación, sino también la planificación estratégica y la toma de decisiones en el Sector de Justicia.
- 7°.- Dentro de los textos anteriormente citados, se encuentra la facultad de la Escuela de Capacitación Judicial de “capacitar al personal de apoyo” de las instituciones judiciales. No podría ser de otra manera: generar procesos de capacitación paralela, en donde los jueces puedan ser formados en el seno de una institución, y el personal de apoyo, en otra, no solo sería nuevamente una falta de coherencia organizacional, sino también un innecesario proceso de duplicación de esfuerzos, amén de la necesidad de buscar coherencia y sistematicidad en la labor educativa al interior del Órgano Judicial.
- 8°.- La normativa o marco jurídico ha tratado de hacer referencia a una población amplia perteneciente al Sector de Justicia como destinatario de la formación que imparte la ECJ y que no culmina o acaba con los actores judiciales, *stricto sensu*.

Sin embargo, el contexto organizacional e institucional salvadoreño en el Sector de Justicia ha corrido otro derrotero: por una parte, las diversas instituciones del Sector de Justicia han desarrollado procesos que han conllevado la aparición de nuevas escuelas o unidades de formación dentro del Sector, lo cual se justifica dada la especialización de cada una de las funciones organizacionales y competencias

concretas de las instituciones estatales, pero, por otro lado, conlleva la desventaja potencial de aumentar el autismo o aislamiento institucional existente y la restricción de espacios –como lo son los de enseñanza aprendizaje– que pueden funcionar como espacios-estrategia para fomentar la colaboración y cooperación interinstitucional.

Como de hecho nos lo manifiestan Ovaes y Díaz, “El mundo actual nos plantea grandes retos en torno a la formación y al desarrollo de las personas en las organizaciones. Cada día hay mayor conciencia en la urgente necesidad de invertir en las personas. Los conocimientos y los aprendizajes dispuestos para incrementar el conocimiento de la técnica están muy bien, porque ayudan a alcanzar los objetivos de las instituciones. Pero estos conocimientos de la técnica no podrán plantearse de manera desproporcionada en relación con el fortalecimiento de las virtudes humanas, si se desean mejores personas que ayuden a construir un mundo mejor”¹⁶.

Hoy, a diferencia del momento histórico en el que se aprobó el marco normativo de la ECJ, existen Escuelas o centros de capacitación en la FGR, la PGR, la PDDH, el MJSP, ANSP-PNC, y, por consiguiente, la atomización de la formación en el Sector de Justicia conlleva diferentes desafíos y propuestas de los que existían a principios de la década de los años 90.

No es objeto de este ensayo entrar en las causas de dicha fragmentación, pero indudablemente la misma ha afectado la idea de Escuela presente en la década de los años 90, y sitúa el rol de la ECJ en la necesidad de reflexionar sobre su ámbito de desarrollo, que como hemos indicado ha cambiado en este aspecto.

III.- Una adolescencia y mayoría de edad dentro de un entorno complejo

Una vez finalizada la etapa o fase “transicional” o “fundacional” de una institución pública y, que esta ha sido identificada por los ciudadanos y por las personas que requieren sus servicios, se suele generar un proceso de acomodación permanente dentro del entramado institucional que no está exento de conflictos ni de dudas, y que, luego de 20 años de funcionamiento de una Escuela Judicial, merecen destacarse.

1. En cuanto al rol institucional que desempeña en el desarrollo de competencias, conocimientos y habilidades de los operadores jurídicos del Sector de Justicia

Durante las décadas en la que la ECJ se institucionalizaba dentro del quehacer institucional del Sector de Justicia del país, había un elemento en el contexto insti-

16. Ovaes Araya, Olga; Díaz Bolaños, Magda; “Educación moral para las personas adultas en la función pública. Reflexiones para el Poder Judicial de Costa Rica”, San José, 2007, p. 14.

tucional que implicó, durante muchos años, una ampliación necesaria, imprescindible y forzosa en cuanto a los destinatarios de su formación. Me refiero simplemente a que, como Escuela, era la única institución de formación de funcionarios y empleados dentro del amplio abanico de las instituciones del Sector de Justicia.

En ese contexto, si la ECJ deseaba generar un impacto en la realidad judicial a través de la formación, no tenía otra opción más que tratar de brindar sus servicios a los operadores de un amplio Sector de Justicia que durante décadas no fue objeto de procesos de capacitación y actualización jurídica, y donde difícilmente la capacitación dirigida solamente a magistrados y jueces, podría generar un resultado buscado o deseado, pues al final, la Administración de Justicia requiere del apoyo, colaboración y trabajo de un amplio grupo de instituciones, colectivos y personas que van más allá de la institucionalidad judicial

De ahí que en los primeros años de gestión de la Escuela, se asumió el reto y la decisión estratégica de ampliar el abanico de destinatarios establecidos en el art. 187 Cn. (*interpretación extensiva del artículo, diría algún fino operador constitucional*).

De esta forma, es que tiene explicación lo esbozado en el Plan Anual de Capacitación de la ECJ de 1999¹⁷ que a este respecto indicaba: *“Lo que el Consejo Nacional de la Judicatura desea postular explícita y claramente, es que al atender por medio de la ECJ una diversidad de destinatarios no hace sino cumplir, como se ha dicho, con imperativos legales y constitucionales. El derecho fundamental a la capacitación reconocido por la Ley Suprema a Jueces y demás funcionarios judiciales, como todo derecho de esta naturaleza, es solamente un mínimo que puede ser ampliado por las leyes ordinarias. Es decir, que cuando la nueva Ley del CNJ amplió los servicios de la ECJ a nuevos beneficiarios, no violó la Constitución. Es más desde una perspectiva sistemática, que trasciende la mera interpretación aislada de un precepto, esta ampliación no hace sino contribuir al cumplimiento de principios y disposiciones constitucionales. En la Constitución la función jurisdiccional no está considerada como una atribución aislada y autosuficiente”*.

Además, *“El Inc. 1° del Art. 86 Cn., establece que los órganos del Gobierno colaborarán entre sí en el ejercicio de las funciones públicas. Eso quiere decir que esta posibilidad de que los servicios de una entidad perteneciente a un órgano estatal, se pongan al servicio de otro, no es sino una concreción de este principio constitucional que ya no quiere que los órganos antagonicen, que permanezcan los unos a espaldas de los otros, que se aislen, sino que prescribe esfuerzos para alcanzar fines comunes, de naturaleza constitucional”*.

Como podrá colegirse, lo que se preveía a finales de los años 90 era que la Escuela se constituía, por mandato constitucional, en un centro de capacitación de jueces y operadores judiciales, pero también en un espacio institucional para el desarrollo

17. Consejo Nacional de la Judicatura/Escuela de Capacitación Judicial; *“Plan de Capacitación 1999”*, República de El Salvador, Aprobado por el Pleno del Consejo Nacional de la Judicatura en la Sesión n° 630-98 del 10 de diciembre de 1998 (punto 6), p. 35-36.

de actividades educativas dirigidas a operadores jurídicos del MJSP, PGR, FGR, PDDH, DGCP, así como de un amplio conjunto de instituciones, que no solo en aquel momento requería de formación jurídica especializada a sus cuadros operativos, sino que hasta la fecha solicita al CNJ la cobertura en estos temas para la actualización de funcionarios y empleados, en un amplio abanico de contenidos.

Sin embargo, la visión estratégica antes descrita, también implicaba un posicionamiento institucional asumido no solo desde el CNJ, sino también compartido por las diversas instituciones que conforman el Sector de Justicia en El Salvador. Esta visión estratégica sobre el “ser” y el “hacer” de la Escuela debía de ser compartida de forma interinstitucional.

Esta visión nuevamente está descrita en los documentos institucionales de aquellos años:

(...) “La consideración integral de estos artículos evidencia que la Ley Suprema contempla una serie de actividades orientadas hacia objetivos comunes que deben encauzarlas para construir mediante la legislación ordinaria y la actuación de funcionarios y operadores, un verdadero sistema para cumplir el principio de “gestión eficaz” que también consagra expresamente la Constitución”.

“Las entidades que tienen las responsabilidades más directas en el cumplimiento de esas responsabilidades (sic), han sido relacionadas formalmente por Ley, en la llamada Comisión Coordinadora del Sector de Justicia, cuyo propósito principal es administrar de manera eficiente, esas áreas de relación interinstitucional, para consolidar el sistema requerido por la Constitución, consiguiendo la mayor integración posible entre las entidades del sector: claro está, que con respeto absoluto de su independencia”.

“En este entorno es que se concibió la ECJ en la Ley del Consejo Nacional de la Judicatura. La decisión ha sido concentrar en una sola entidad todos los recursos existentes en materia de capacitación, para que se prestase un servicio más sistemático y coherente a todas las instituciones del sector, consiguiéndose de esa manera la utilización más racional de los recursos existentes, que no son en manera alguna abundantes y exigen formas adecuadas para su máxima utilización. No se quiere sostener que ésta sea la forma impuesta por la Constitución para alcanzar los objetivos constitucionales, pero es una de las que han demostrado ser más eficaces para conseguirlos”¹⁸

En definitiva, la visión estratégica del ser y hacer de la Escuela de Capacitación Judicial en ese momento histórico y seguramente compartida en el seno del Sector de Justicia, partía de la idea de que el perfeccionamiento de la Administración de Justicia es una responsabilidad colectiva, integradora del quehacer de los operadores judiciales, pero no solo de ellos.

18. *Ibidem.*, 37.

Ya en esos momentos esa apertura de la “capacitación hacia operadores del Sector de Justicia” era criticada, seguramente *ad intra*, es decir, desde magistrados, jueces y demás operadores judiciales que identificaban a la Escuela como una institución para la capacitación de cuadros solamente del Órgano Judicial.

De ahí que no pueda extrañarnos el planteamiento que desde la propia ECJ se hacía en aquellos momentos al respecto: *“Lo que probablemente se ignora por quienes critican esta estrategia, como incompatible con la finalidad constitucional de la ECJ, es que ésta no sólo presta esos servicios a destinatarios diferentes a los originalmente mencionados, por la Constitución, sino que, recíprocamente, recibe cooperación de las instituciones beneficiadas, uno de los más importantes de los cuales es la puesta a disposición de sus funcionarios para capacitar a los de otras entidades, como serían los jueces y personal judicial; incluyéndose también la disposición de cupos para participar en capacitaciones ofrecidas por ellas; colaboración en la reproducción de materiales; apoyo para el desempeño de funciones administrativo-académicas; cooperación técnica, entre otros.”*¹⁹

Sin embargo, cerca de 15 años después del contexto y de la visión estratégica antes descrita, han existido “cambios en el rumbo del timón institucional” desarrollados al interior de las instituciones del Sector de Justicia, a saber:

A partir de la década del 2000, se inicia un proceso de desarrollo al interior de instituciones del Sector de Justicia orientado a la creación de Unidades de Formación o Escuelas de Capacitación, que han comenzado a atender los miembros de sus instituciones. Este es el caso de la creación y puesta en funcionamiento de la Escuela de Capacitación Fiscal, de la Escuela de Capacitación Penitenciaria, y recientemente, la Escuela de Capacitación o Unidad de Formación especializada de la PGR.

Es decir, si bien es cierto durante los primeros años de consolidación institucional de la ECJ es posible afirmar que su vocación de servicio y cobertura ameritaba una ampliación de los destinatarios; en la actualidad, puede evidenciarse que existe capacidad instalada para el desarrollo de servicios de capacitación en el Sector de Justicia en cada una de las instituciones que lo constituyen, al menos formalmente.

Ante dicha situación el planteamiento estratégico de la Escuela de Capacitación Judicial amerita reconsiderarse:

- a. Si bien es cierto la ECJ ha apoyado la capacitación fuera de las fronteras judiciales, hoy puede existir un consenso que ante la exigencia de mayores niveles de calidad y excelencia en el quehacer de la Escuela, el proceso de cooperación hacia las instituciones del Sector que poseen ya sus propios centros formativos, debe tender a minimizarse, dado que existe capacidad instalada.

19. *Ibidem*, p. 38

- b. Es imprescindible que dicho proceso plantee una concentración en el quehacer de la ECJ, en el entendido que el número de destinatarios tienda a reducirse, permitiéndole concentrar esfuerzos y programas en los operadores judiciales, brindando una oportunidad para mejorar la calidad de los procesos y de la formación en general, permitiéndole además a la Escuela poder dar paso a la tan deseada “medición del impacto”.
- c. En todo caso, es necesario que la ECJ impulse y apoye el desarrollo de iniciativas al interior del Sector de Justicia, que permitan constituir redes de trabajo interinstitucional, entre las Escuelas o Centros de Formación que poseen las otras instituciones del Sector de Justicia, ya que los aspectos relacionados con visiones sectoriales o “integrales” pueden padecer el peligro de la atomización, el aislamiento o la autopoiesis, que puede generar serios riesgos de cara a la coordinación interinstitucional, a la ausencia de espacios de trabajo conjunto y a la capacidad de lograr y establecer acuerdos institucionales en pro del mejoramiento de la justicia en El Salvador. En este sentido, es importante retomar y propiciar el desarrollo de estos esfuerzos de coordinación de la mano de la Comisión Coordinadora del Sector de Justicia y su UTE.

Además, debe mencionarse que la atomización de oferta educativa a funcionarios del Sector implica ventajas y desventajas que deben ser asumidas: no cabe duda de cierto nivel de especialización en la formación por actores, pero también de fragmentación de visiones y procesos.

2. En lo que respecta a su rol frente a funcionarios y empleados judiciales

Como ha quedado esbozado en las anteriores líneas, se identifica que el actual contexto puede favorecer el desarrollo de las labores de la ECJ “hacia adentro del Órgano Judicial”. Sin embargo, paradójicamente, esta visión de “desarrollo endógeno” tampoco es pacífica dentro del sistema judicial salvadoreño.

Pareciera, en ocasiones, que aún existe —aunque de forma minoritaria— dentro del Órgano Judicial una visión reduccionista y juricista del contenido del mandato constitucional establecido en el art. 187 al CNJ. Al respecto, hay quienes han argumentado que el CNJ, a través de su ECJ, posee y puede desarrollar la función de capacitación judicial frente a destinatarios como lo son jueces y funcionarios judiciales.

Por consiguiente, en una visión “restringida” quedarían fuera del ámbito formativo de la ECJ las siguientes categorías:

- i. Empleados judiciales, es decir, los niveles inferiores de la estructura judicial, como es el caso de los colaboradores jurídicos de los tribunales

ii. Empleados y funcionarios administrativos del Órgano Judicial

Ante dicha potencial visión sobre el quehacer y hacer de la Escuela, me permitiría hacer las siguientes reflexiones:

En primer lugar, los funcionarios y empleados judiciales requieren y necesitan de una actualización de conocimientos planificada, sistemática, sostenible y actualizada. Es por esta razón que dentro de la ECJ se ha venido realizando esta competencia tanto con funcionarios como empleados judiciales, y consideramos que, en este caso particular, la función de la ECJ debería abarcar a dichas categorías de empleados y funcionarios, para mantener la integralidad de la formación, por diversos motivos:

- i. El primero, por la necesidad impostergable que tanto empleados como funcionarios manejen el mismo lenguaje y una capacitación que les facilite y permita trabajar como equipos integrados. Ello se logra a través de espacios formativos comunes y, en el mejor de los casos, en donde además funcionarios y empleados puedan reflexionar críticamente de manera amplia y abierta. Sin embargo, este efecto se socava sesgando o dividiendo los escenarios de capacitación al interior del Órgano Judicial.
- ii. También considero que la visión de una actualización de conocimientos integral brindada a través de una Escuela Judicial a personal funcional jurisdiccional y personal de apoyo, ha sido una visión compartida por los desarrollos normativos generados tanto por el CNJ como por CSJ. De hecho, CSJ cuando en 1991 constituyó mediante Acuerdo Judicial un marco para el desarrollo de una Escuela, lo hizo considerando y retomando esta visión integral de la formación a su personal.
- iii. Específicamente sobre el personal administrativo del Órgano Judicial, también identificamos que la ECJ puede ser el instrumento idóneo para desarrollar acciones formativas, tomando en consideración la existencia de un “contexto favorable” que le permite a la ECJ concentrar sus esfuerzos en el OJ, y orientar recursos no solo al personal judicial, sino también a los grupos de apoyo administrativo que deben conocer y trabajar con el personal judicial para lograr, de esta manera, los resultados esperados por la ciudadanía en el quehacer de la justicia.
- iv. Aunado a lo anterior, también identificamos un reciente fenómeno detectado al interior de la ECJ: pareciera que, en los últimos años, tanto el funcionariado judicial (jueces y magistrados) como los empleados judiciales, grupos multidisciplinarios y en general miembros del Órgano Judicial, identifican la necesidad de recibir formación en temas relacionados no necesariamente con la especialización jurídica o judicial, sino con el tratamiento de temáticas en ámbitos tales como:

- La gerencia pública y el desarrollo organizacional
- Políticas públicas, planificación estratégica y planes operativos
- La ética judicial
- El desarrollo de habilidades comunicacionales
- La integración regional
- La gestión de procesos al interior de los despachos judiciales, pero también de los Centros Integrados de CSJ o en los modelos de gestión pluri y unicelular
- El análisis de la calidad de los servicios prestados al usuario
- Gestión del despacho judicial
- Desarrollo de habilidades gerenciales
- Gestión de recursos humanos
- Carrera Judicial
- entre otros.

Dicho lo anterior, los retos y desafíos para la incorporación de esta amplia variedad de contenidos de capacitación son los siguientes:

- En primer lugar, nuevamente aludimos a la existencia de un contexto idóneo para la ECJ de concentrar sus esfuerzos en población perteneciente a la Administración de Justicia, sean funcionarios o empleados, judiciales o administrativos, dado el proceso de concentración de RRHH y de recursos financieros, porque parte o tiene su base en la proliferación o aparición de Unidades de Formación o Escuelas de Capacitación en las instituciones del Sector de Justicia, que tradicionalmente eran destinatarias “naturales” de los servicios de capacitación de la Escuela.
- Como ventaja comparativa podemos considerar que ello puede generar espacios de interlocución entre las diversas categorías funcionariales existentes, permitiendo y facilitando la generación del uso de los ámbitos de formación, como ejes de colaboración y toma de decisiones estratégicas entre actores judiciales, grupos de apoyo y miembros de la Administración Judicial.
- También como ventaja comparativa, puede destacarse la cultura organizacional existente en la ECJ, que posee ya un sólida estructura orientada al desarrollo de procesos educativos y que posibilita no simplemente el “de actividades de corte teórico-académico”, sino una capacitación generada a partir de diagnósticos de necesidades con los actores específicos. Es decir, la preparación y diseño de una oferta formativa *ad hoc* a la problemática judicial, y sobre todo, a la sostenibilidad y sistematicidad de la formación que es un elemento distintivo de la Escuela, sustentada en la existencia de procesos de ingreso, preparación y selección de capacitadores especializados en las materias correspondientes.

- En comparación con otras instituciones del Sector, la Escuela se distingue por tener un grupo de capacitadores externos a la institución que para su ingreso requieren de una inducción metodológica para el perfeccionamiento docente. Y que, por tanto, generan con dichos equipos de trabajo un proceso sistemático de capacitación, es decir, la Escuela no contrata “consultores” o “especialistas” para cursos específicos, sino que su planta de capacitadores tiene vocación permanente —aunque no sean parte de la institución—. Cabe señalar además que posee un sistema de evaluación y un registro académico para dar seguimiento a los procesos formativos, instrumento invaluable para verificar el impacto de la formación recibida y relacionarla con la profesionalización del recurso humano (sobre todo en lo que a Carrera Judicial se refiere).

Sin embargo, es innegable que estos “nuevos contenidos”²⁰ que se alejan de la clásica capacitación técnico-jurídica, implican también afrontar desafíos importantes para la Escuela:

- En primer lugar, es necesaria la colaboración interinstitucional con CSJ a efecto de visualizar los ámbitos estratégicos en los que debería comenzar a implementarse esta área de trabajo de la Escuela, para que no solo se desarrollen los procesos de enseñanza-aprendizaje correspondientes, sino que los mismos lo hagan en los ámbitos más estratégicos y prioritarios.
- Colaborar de la mano de otras instituciones del Sector y de la sociedad civil en la formación de un grupo especializado de capacitadores en temáticas que, hasta la fecha, no han contado con grupos de especialistas, en tanto que son ámbitos en ocasiones novedosos o poco desarrollados dentro del mismo Sector.
- Dado que los recursos financieros podrían no ser suficientes para poder ampliar de manera adecuada y efectiva la cobertura de capacitación en los ámbitos de necesidades antes descritos y que, además, conlleva integrar al personal administrativo con el judicial (lo cual desde una perspectiva de integración de los procesos y de la gestión es efectivo, pero implica mayores recursos), conviene sumar esfuerzos en los que instituciones como CSJ puedan también aprovechar las bondades de la acreditación de la ECJ y su sistema formativo, de tal manera, que el trabajo conjunto pueda desarrollarse, especialmente en estas temáticas.
- Igualmente, es recomendable trabajar en el seno de la Comisión Coordinadora del sector de Justicia a efecto de facilitar el trabajo en red en estos

20. Muchos de los contenidos de enseñanza-aprendizaje antes descritos no son nuevos en el quehacer de la ECJ, porque se posee ya experiencia en la incorporación de temas gerenciales y de formación en ética o de integración regional desde inicios de este milenio.

ámbitos en los que las buenas prácticas del Sector pueden ser aprovechadas y replicadas dentro de las diversas instituciones. En este sentido una buena práctica ha sido la implementación del Diplomado en Gerencia Pública con el auspicio de la Agencia Española de Cooperación Internacional para el Desarrollo –AECID- y que se imparte por el CNJ a través de su Escuela a miembros de todo el Sector de Justicia.

a. La relación entre la Escuela de Capacitación Judicial y el ámbito universitario, específicamente en lo que atañe a formación en Derecho

Un aspecto de creciente interés es la relación que pueden desarrollar instituciones como el CNJ, a través de su Escuela, con las universidades públicas y privadas del país.

Podríamos afirmar que si bien los procesos de formación de profesionales, especialmente en el campo del Derecho, inician sus estudios en las universidades, es innegable que los mismos, siguen desarrollando procesos de formación destinados a un perfil general de usuarios, cuyo nivel de tratamiento y de especialización sobre lo “judicial” no suele ser o estar muy desarrollado.

Pero fuera de eso, puede destacarse también la necesaria adaptación al “contexto contemporáneo” que la formación de grado pareciera tendencialmente mostrar en lo que a la enseñanza del Derecho se refiere. De hecho, sobre la formación del profesional del Derecho se ha escrito mucho y desde variadas aproximaciones, que resultan difícilmente abarcables en un mundo global y cambiante, pero donde la enseñanza del derecho, si ha cambiado, lo ha hecho muy poco²¹.

La necesidad de dicha adecuación no es baladí: los procesos de modernización judicial y, en general, del rol que cumplen los profesionales del derecho en nuestra sociedad, por no indicar que inclusive la relación misma entre justicia y desarrollo, tiene un fuerte asidero —no el único claro— en transformaciones o adecuaciones en la enseñanza del derecho al contexto contemporáneo, que actualmente parecen pendientes.

Ello también implica y legitima conocer y adentrarnos sobre cómo está cambiando la profesión jurídica en la vida cotidiana hoy, donde los cambios tecnológicos y económicos han sobrepasado las viejas limitaciones territoriales donde los profesionales ceñían y definían su quehacer laboral. Pareciera entonces que la renovación no tiene excusa en los tiempos que corren donde no sólo la complejidad social impulsa nuevas

21. En Estados Unidos, “En los últimos años han aparecido varios libros de importancia lamentando la actual condición de la profesión. Si bien los abogados han gozado de posiciones prestigiosas a lo largo de la historia norteamericana...muchos observadores contemporáneos sugieren que los abogados ya no ejercitan su posición de influencia y autoridad correctamente”, identificándose un deterioro en la profesión del Derecho.. Tomado de: Douglas, Davidson; “*La visión Jeffersoniana de la educación jurídica*” en: Academia n° 7, año 4, Rubinzal-Culzoni, Universidad de Buenos Aires, 2006., p. 10 y ss.

expectativas frente a la labor y objetivo de las carreras universitarias, los profesionales que las cursan y los docentes involucrados en dichos procesos²², sino donde también su ejercicio se ha vuelto más democrático y masivo.

En El Salvador, aproximadamente se cuenta hoy con una expansión poblacional que sobrepasa los 25,000 profesionales en Derecho en una población de 5,6 millones de habitantes en el caso de El Salvador, tendríamos un aproximado de 446 abogados por cada 100,000 habitantes.

Puede observarse que frente a otros países el número de abogados en El Salvador mostraría una tendencia a una especie de “sobrepoblación” profesional que, sin duda, llevaría como efecto práctico, la limitación de la oferta laboral, la diversificación de los ámbitos de trabajo del profesional del derecho en el país, así como la necesaria e impostergable “especialización”. En este sentido, durante unas jornadas de trabajo del CNJ, uno de sus Concejales, el Lic. Jorge Quinteros ha expresado durante el presente año, que considera que los profesionales del Derecho, jueces y funcionarios del sector de Justicia deben necesariamente especializarse en un ámbito del Derecho, puesto que lo contrario sería mantener vigente una metáfora similar a pedirle a “un ginecólogo que desarrolle una operación de corazón abierto”.

Pero fuera de estos aspectos que requieren de un análisis que excede estas líneas, lo que debemos destacar es la relación que debería propiciarse entre Escuela y Universidades.

Tomando en cuenta el desarrollo de las Escuelas Judiciales en el ámbito regional, así como los espacios de oportunidad que podrían identificarse a corto y mediano plazo, analizaremos los siguientes “puntos de encuentro”:

- La Escuela de Capacitación Judicial continúa los procesos de actualización educativa que desarrollan inicialmente las Universidades, en tanto que la primera actúa con profesionales del Derecho que ya se encuentran desarrollando actividades profesionales y que poseen una formación de base. Bajo ningún supuesto la ECJ pretende sustituir la labor de las Universidades, sino todo lo contrario: permite que ese aprendizaje general y básico pueda ser actualizada a efecto de brindar un mejor servicio en un puesto de trabajo específico. Sin embargo, consideramos que existe un alto grado de heterogeneidad en los contenidos y la calidad de la enseñanza del Derecho a nivel de las Universidades, y es muy probable que la ECJ tenga serios problemas para desarrollar su cometido ante dicho escenario. Es más, podría hacerlo inviable, sobre todo, en el caso que la formación básica no solo fuera insuficiente, sino de una calidad que no permitiría desarrollar cursos de actualiza-

22. Barbas Homen, Antonio; Gascón Cervantes, Amelia; “Dos reflexiones sobre la actual enseñanza del Derecho”, en: *Cuadernos de Historia del Derecho n° 16*, Universidad Complutense de Madrid, 2009., p. 374 y ss. Disponible en: http://dialnet.unirioja.es/servlet/listaarticulos?tipo_busqueda=ANUALIDAD&revista_busqueda=1541&clave_busqueda=2009

ción y especialización. De ahí, la necesaria interrelación con el Estado, especialmente con el Ministerio de Educación y con las mismas universidades, a efecto de generar propuestas que permitan mejorar los estándares básicos de la enseñanza del Derecho en El Salvador.

- En segundo lugar, es indudable que la ECJ puede aprovechar las iniciativas y las experiencias de las instituciones universitarias del país tanto del ámbito público como del privado, en que a formación judicial se refiere. La ECJ podría propiciar espacios de desarrollo dentro del ámbito universitario sobre el tratamiento de lo “judicial” dentro del currículo de los estudios de Ciencias Jurídicas, que fomenten el conocimiento del trabajo judicial, y lo visualicen como un ámbito de potencial desarrollo profesional, especialmente, por aquellos que demuestran mayores méritos e interés por lo “público”.
- Un tercer punto de encuentro implica el desarrollo de acciones conjuntas, en las que utilizando la nomenclatura actual puedan plantearse “asocios público-público” o “asocios público-privados”. Esta experiencia con el ámbito universitario la ha desarrollado el CNJ, a través de su Escuela, con la implementación de la denominada Maestría Judicial UES-CNJ. Sin perjuicio que dicha iniciativa requiere de un espacio propio para reflexionar sobre los logros de cara a la Carrera Judicial y la especialización en lo que a la función judicial se refiere, no puede negarse que la iniciativa es válida y permite a la ECJ implementar procesos formativos en colaboración con instituciones universitarias, definiendo previamente las bases necesarias y las metas buscadas.
- Téngase en cuenta, como ha sido destacado en países de la región, que en las universidades, el aprendizaje por competencias en el ámbito jurídico y que ha sido desarrollado en ocasiones, tanto en procesos de grado como de posgrado, suele ser más de corte generalista en lo que se refiere al perfil del destinatario de la formación. Ello provocaría que la formación orientada para operadores judiciales no sea tan adecuada o idónea como debería de serlo. De ahí la necesidad de lograr procesos *ad hoc*, y que permitan, cuando se trabaje en iniciativas interinstitucionales de colaboración, el desarrollo de competencias directamente relacionadas con la labor de los operadores judiciales.
- Otro elemento en el que podría trabajar la ECJ es el desarrollo de iniciativas que faciliten la colaboración, apoyo y aprendizaje con jóvenes estudiantes. Esto puede implementarse a partir tanto de la definición de proyectos que permitan la interacción con estudiantes al interior de la ECJ, por medio de actividades de labor social y de apoyo, así como en un futuro, se trata de considerar la posibilidad de que el CNJ pueda ser autorizado por CSJ como un “Centro de práctica Jurídica”, lo cual permitiría contar por parte del CNJ con jóvenes estudiantes de Derecho para la ejecución de acciones específicas

y facilitar por otro lado el aprendizaje y la investigación del Derecho, a la vez que se logra un mayor conocimiento de las funciones de esta institución por parte de futuros operadores públicos o privados del sistema de administración de justicia.

- Finalmente, uno de los grandes retos pendientes en la ECJ es iniciar una reflexión sobre la posibilidad de que la Escuela pueda ser acreditada como Instituto de Educación Superior, de tal manera que los procesos educativos que imparta puedan ser reconocidos a nivel de país, como estudios de posgrado.

Esta no es ninguna novedad: países de la región Centroamericana y del Caribe, como es el caso de Nicaragua o República Dominicana, poseen ya un reconocimiento o acreditación que les permite a sus escuelas judiciales la convalidación de procesos formativos como estudios de posgrado dentro del ámbito judicial.

Esta iniciativa está presente en El Salvador en tanto que, en el Plan Estratégico Institucional –PEI 2013-2017- del Consejo Nacional de la Judicatura, establece acciones relacionadas justamente con coadyuvar a que la Escuela de Capacitación Judicial recorra la senda de la acreditación educativa ante el Ministerio de Educación. Dicha meta u objetivo aparece también reseñado como uno de los proyectos a impulsar por la Escuela durante el año 2014.

Este es uno de los retos más ambiciosos de una ECJ, en el sentido de lograr incorporar estándares de calidad de entidades universitarias y desarrollar procesos formativos con la lógica y la sostenibilidad de las instancias universitarias. No obstante, con la diferencia siempre presente de que la capacitación judicial busca desesperada y continuamente un asidero con la práctica, en el entendido que su formación nace de las necesidades específicas de la población judicial, y requiere, por consiguiente, ser una respuesta para mejorar competencias, habilidades y conocimientos específicos, rehuyendo de convertirse en una instancia académica de reflexión teórica de forma exclusiva.

Si bien uno de los retos de la ECJ es utilizar e incorporar parámetros y criterios que mejoren la calidad educativa procedentes del sistema de acreditación universitario, también debe tenerse presente que su misión es la capacitación de operadores judiciales que precisan de un alto nivel de especialización y de formación orientada al mejoramiento del desempeño en el puesto de trabajo.

b. La interacción de la Escuela de Capacitación Judicial con entidades homologas en la región centroamericana e internacional

Desde principios de la década de los 90, se creó un ente regional que aglutinaba los procesos y los esfuerzos de las Escuelas Judiciales de Centroamérica: es el Centro de

Capacitación Judicial para Centroamérica y el Caribe²³. Su sede física se encuentra en la Escuela Judicial “Lic. Édgar Cervantes Villalta” de Costa Rica. Los países miembros son: Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras, Nicaragua, Panamá, Puerto Rico y República Dominicana.

El Centro es un órgano auxiliar del Consejo Judicial Centroamericano y parte del Sistema de Integración Centroamericana. Cuenta con un Consejo Directivo, el cual está integrado por el Presidente o Presidenta de las Cortes y Tribunales Supremos de Justicia, o sus representantes. La Escuela de Capacitación Judicial de El Salvador forma parte activa del Centro, en tanto representación de El Salvador, como entidad de formación judicial.

Entre los principales logros del Centro de Capacitación Judicial de Centroamérica y el Caribe, debemos destacar el intercambio de experiencias entre los poderes judiciales de Centroamérica y el Caribe, para procurar así el compartimiento de retos y buenas prácticas entre los países miembros. Asimismo, ha propiciado la cooperación de terceros países en temas de importancia estratégica para el avance de los poderes judiciales de la región.

Es de destacar que el Centro ha tenido momentos en los que su accionar a nivel regional ha decaído, pero, especialmente a partir del desarrollo de iniciativas regionales relacionadas con la implementación de procesos en los ámbitos de la seguridad y justicia, se ha aprovechado para darle un impulso a nuevas iniciativas.

Actualmente, se ha aprobado la planificación de actividades para el ejercicio 2014, en donde todas las escuelas judiciales de la región colaboran para tratar temas de interés regional. Entre ellos destaca, por ejemplo, la necesidad de contar con instrumentos que nos permitan generar estándares para la evaluación de impacto de la capacitación judicial o de fortalecer la investigación ligada a la formación.

Este es un espacio no solo por la vocación frente a un trabajo regional, sino que implica también una labor de coordinación interinstitucional al interior del país, en tanto que el Centro de Capacitación Judicial para Centroamérica y el Caribe, como se ha relacionado anteriormente, ha sido creado como un órgano auxiliar del Consejo Judicial Centroamericano, estando conformada dicha instancia por los representantes de las Corte Supremas de Justicia de la región, y donde las funciones y acuerdos tomados por dicha instancia inciden e involucran a la Escuela de Capacitación Judicial que, en caso de El Salvador, depende un órgano autónomo e independiente de CSJ²⁴.

23. Para más información, Vid: <http://www.cjcc.ac.cr/site/index.html>

24. De hecho, en la reunión ordinaria del Consejo Judicial Centroamericano, celebrada en Santo Domingo el 27 y 28 de junio de 2013, los señores Consejales del CNJ, Lic. Jorge Quinteros Hernández y Manuel Francisco Martínez en delegación del Pleno del Consejo Nacional de la Judicatura, solicitaron al Consejo Judicial Centroamericano el admitir al CNJ como miembro observador dentro de dicha instancia. A la fecha de escribir estas líneas, no se tiene conocimiento si ha existido alguna opinión al respecto de parte de dicha entidad.

Este espacio se combina con otros como la RIAEJ —Red Iberoamericana de Escuelas Judiciales—, entidad creada en el año 2001 y de la cual también forma parte el CNJ y su Escuela.

Estos espacios permiten a la Escuela identificar las buenas prácticas existentes, los ámbitos de desarrollo de la oferta formativa de otras escuelas, y las capacidades existentes para la implementación de acciones conjuntas con otras entidades homólogas.

IV.- Prospectiva

“Proponer alternativas realizables es lo que hacen quienes, desde una moral alta, proponen su saber al servicio, y se esfuerzan por saber precisamente porque quieren servir”.

Adela Cortina; Educación en valores²⁵

Los procesos de diseño y cambio organizacional e institucional no suelen ser pacíficos. Todo proceso de creación de una nueva organización implica cambios en los actores, nuevos procesos y, en fin, un amplio proceso de “acomodación” institucional que, en El Salvador, no puede resultarnos extraño.

Sin duda, me atrevería a afirmar que los procesos de creación y de consolidación de la ECJ, en el seno del CNJ, han sido positivos. La Escuela, durante muchos años, supo capitalizar sus esfuerzos, profesionalizar sus recursos humanos y “hacer escuela”. No en vano, según un artículo publicado por el Banco Interamericano de Desarrollo, puede considerarse a la “Escuela Judicial de El Salvador, como una de las más avanzadas en su tipo en América Latina”²⁶.

Tampoco el proceso ha estado exento de críticas, y hay que ver en ellas un elemento positivo: usualmente criticamos aquello que nos interesa o que nos atañe y que pensamos que puede reorientarse o mejorarse para lograr los fines que esperamos sean logrados.

Lamentablemente, en muchas ocasiones, existen procesos que anulan o neutralizan la institucionalidad alcanzada, poco comprensibles dentro del entramado organizacional público y que nos deben de llamar a la reflexión y al análisis. Por ello, finalizaré estas líneas recapitulando aquellos temas más cercanos en el tiempo y que están en la agenda actual de la ECJ.

25. Tomado de: Ovares Araya, Olga; Díaz Bolaños, Magda; “Educación moral...” ya citado., p.4

26. BID/América; “Informe especial: reforma judicial. ¿Cuánto cuesta el diploma” BID papers, 1999.

a. Los procesos de formación o capacitación judicial gestionados en el seno de CSJ

Desde los Acuerdos de Paz y de las reformas constitucionales antes citadas, parecía que existía una división del trabajo entre CSJ y CNJ en lo que a la capacitación judicial se refiere. Tal ha sido el proceso, que hoy creería que es impensable “abrir” una Escuela Judicial en el seno de CSJ.

Sin embargo, CSJ desarrolla procesos de capacitación judicial, y lo hace a través de su Unidad Técnica Central, que posee una “Sección de Capacitación Judicial”, o al menos eso indica la web institucional correspondiente. Eso podría significar que, en El Salvador de la presente década, la capacitación judicial para funcionarios y empleados judiciales puede ser brindada desde dos instancias: una, la unidad del CNJ definida en un artículo de la Constitución de la República; la otra, una Sección de una Unidad de CSJ.

Sin ánimos de polemizar, creería que la dualidad de funciones de capacitación judicial, en el seno de instituciones públicas como el CNJ y CSJ, podría convertirse en una inadecuada política interinstitucional dentro del sistema judicial, un desperdicio de recursos económicos de los contribuyentes, dada la constante posibilidad de duplicar esfuerzos innecesarios y seguramente repetitivos, una complicación administrativa para los usuarios judiciales -que, como ha quedado demostrado en los últimos meses, tienen que tratar de atender los “llamados” de ambas instituciones- y, seguramente, un sinsentido en el diseño institucional del Estado que debería reconsiderarse a partir de la división funcional de los quehaceres de ambas instituciones y del principio de coordinación y colaboración institucional. Es por tanto un tema que requiere una aproximación y discusión, que escapa de las aproximaciones estrictamente jurídicas, sobre todo si solo atañe a las disposiciones legales en juego, e implica conocer, analizar y consensuar las bases mismas que generan el nacimiento de entidades como la Escuela de Capacitación Judicial. Y este análisis es jurídico, pero también económico, de gestión pública y evidentemente de diseño organizacional y de definición de estrategias y políticas de Estado.

En los momentos de la reforma constitucional del art. 187 y en el proceso de construir la Escuela, en el seno del CNJ se sostenía la necesidad de “que una naciente Escuela Judicial desarrollara una estrategia sistemática de educación que fuese dirigida no solo a jueces sino a diversos operadores jurídicos...en el momento en que la sola idea de la existencia de una verdadera Escuela Judicial era radical, como manifestara al Banco Interamericano de Desarrollo –BID- un ex Presidente del Consejo Nacional de la Judicatura²⁷.

27. Declaraciones del Dr. Rafael Durán Barraza, tomadas de BID/América: “Informe especial: reforma judicial: ¿Cuánto cuesta el diploma?”, noviembre-diciembre, 1999. Citado en: Roberto Rodríguez Meléndez, “Retos de la Capacitación Judicial en América Latina”, tesis para la obtención del título de máster en Sociología del Derecho, Oñati, País, Vasco, 2002., p. 64.

No se trata —como alguna vez ha sido indicado por algunos actores judiciales— de generar un monopolio de la formación de los operadores judiciales, en el entendido del “ejercicio exclusivo de una actividad con el dominio o influencia consiguientes” en un ámbito determinado como lo es la formación de jueces²⁸, aunque, seguramente, no faltarán las voces que indiquen que lo antes expresado pudiera orientarse por esa visión “monopólica” de la capacitación judicial.

Pero hay que tratar de empezar a conversar, dialogar y reflexionar si en el seno de instituciones relacionadas con la Carrera Judicial, tiene algún sentido disponer de múltiples instancias formativas, sobre todo, considerando que, los recursos financieros y humanos, debidamente preparados son escasos y que también en las instituciones judiciales vale la pena considerar la necesaria especialización en el desarrollo de las propias funciones públicas asignadas. Esta es una preocupación válida y al parecer compartida²⁹.

Ciertamente, no considero que exista exclusividad o monopolio de la Escuela de Capacitación Judicial en cuanto a generar procesos formativos cuyos destinatarios sean jueces, magistrados y demás personal del Órgano Judicial o del Sector de Justicia en General. Ello lo muestra la propia realidad: un juez o funcionario o empleado judicial puede escoger voluntariamente hacer un posgrado en el ámbito de la Ciencia del Derecho de su preferencia en el centro de estudios que considere más adecuado. Asimismo lo demuestra que el CNJ y su Escuela ha propiciado el acercamiento y trabajo conjunto con instituciones como la Escuela de Capacitación Fiscal, generando procesos formativos en el seno de esta última en la que se han incorporado personal judicial a partir de un trabajo conjunto entre escuelas.

Inclusive hoy, el CNJ ha coordinado el desarrollo de procesos de posgrado acreditados por la Universidad de El Salvador, y que son reconocidos por la Escuela, como procesos propiamente de formación judicial, con el correspondiente registro en la hoja de vida profesional de los participantes, en su banco de datos, lo cual significa un reconocimiento de esa formación para sus procesos vinculados con la Carrera Judicial (evaluación, ascenso, entre otros.).

Lo que si considera este servidor es que la Carrera Judicial es coordinada por dos grandes actores: CSJ y CNJ, y entre ellos existen contenidos que han sido distribuidos constitucional y funcionalmente, asignándole la Constitución y la ley, tres funciones básicas al CNJ: la selección, la evaluación y la capacitación judicial.

28. Voz “Monopolio”. Real Academia Española de la Lengua.

29. Según Acta de Corte Plena de CSJ de fecha 29 de Octubre 2009, dentro del apartado INFORMES, 5.a) se señala: “...Magistrada Fortín Huezco: señala que le preocupa que el Director de la Escuela de Capacitación Judicial se ha pronunciado contra la participación de jueces en capacitación del Órgano Judicial a través de la Unidad Técnica Central. Propone sostener reunión con Consejo Nacional de la Judicatura sobre este tema. Magistrado González propone que se haga un estudio sobre la competencia del CNJ y si hay o no exclusividad para la capacitación por parte de la Escuela de Capacitación Judicial...”. Tomado de: Portal de transparencia/ Órgano Judicial de la República de El Salvador, categoría “Actas y Acuerdos de Corte Plena”, disponible en: <http://www.transparencia.oj.gob.sv/portal>. Consultado el 06/01/2014

Duplicar los esfuerzos de capacitación en el seno de estas dos instituciones que coordinan la Carrera Judicial con fondos públicos procedentes del mismo bolsillo de los contribuyentes, no es idóneo, adecuado y eficiente...y además genera un problema de duplicación de esfuerzos y de saturación de agenda y de horas de disponibilidad de los capacitandos innecesario. Y creería que la Constitución y las normas legales en general –para dar una opinión a mis colegas profesionales del Derecho-, aunque no expresen la necesaria búsqueda de un mejor uso de los recursos, es algo que un buen servido público debería de tener en cuenta, sin perjuicio –o de las interpretaciones que pudiéramos dar favorables o no- de los límites legales que implica la asignación de funciones desde una norma fundamental.

Ello sin perjuicio que como ha quedado descrito en líneas anteriores la formación judicial tiene un sentido: la profesionalización y la vinculación con la Carrera, y pareciera que el diseño institucional del CNJ resulta más idóneo para ofertar esta función, no tan solo por la disposición constitucional correspondiente –eso podría ser un argumento jurídico válido, pero incapaz de abarcar la complejidad del problema- sino por la especialización, estructura organizacional y experiencia que le brindan 20 años de trabajo a la Escuela de Capacitación Judicial. Es decir, básicamente porque nos dedicamos a tiempo completo a esa función, porque tenemos muchos años de experiencia y buenas prácticas en ello y porque al fin y al cabo, al menos el Constituyente derivado confió esa tarea en dicha institución.

Ahora bien lo antes expresado no obsta afirmar de manera categórica que CSJ puede orientar fondos y esfuerzos a la capacitación judicial, pero bajo la idea de una estrecha coordinación interinstitucional para evitar la ya mencionada duplicidad de esfuerzos.

De hecho, creería que es factible que CSJ pudiera, en algún momento llegar, al igual que actualmente lo hace la UES a acreditar procesos formativos destinados a mejorar la profesionalización de los funcionarios judiciales facilitando además la valoración de ese esfuerzo dentro de la Carrera Judicial. Pero para ello, CSJ y CNJ deben necesariamente, de manera imprescindible e impostergable generar un espacio de comunicación que permita aprovechar las iniciativas en esta materia de manera conjunta, velando por su calidad e impacto en la Carrera Judicial. Lo vital desde esta aproximación no es tanto la oferta formativa, como su acreditación dentro de los procesos de profesionalización en la Carrera Judicial, y los cuales actualmente sistematiza por mandato legal y constitucional el CNJ.

Para lo antes expresado, CSJ debe de aprovechar los mecanismos que posee y ha perfeccionado a través de los años el CNJ, en relación a potenciar la relación entre capacitación y carrera; mientras que esta última institución también debería aprovecharse la estrecha relación que implica liderar los procesos de gerencia judicial, tanto en materia diagnóstica como de desarrollo de prácticas de inducible interés para la formación y mejoramiento continuo de la función judicial.

b. El reto de todo proceso de capacitación judicial: profesionalización y vinculación con la Carrera

Hay un aspecto que le permite a la capacitación judicial poner “los pies sobre la tierra” y evitar divagaciones sobre contenidos y procesos formativos: su incidencia en la profesionalización de los operadores y su vinculación con la Carrera Judicial.

De ahí que los procesos de capacitación de la Escuela deban tender *prima facie* a revisar, aclarar y redefinir su rol de cara a la profesionalización del operador judicial y la Carrera. En esta relación, hoy se requiere de una apuesta por una especialización, orientada justamente para fortalecer el desarrollo de la Carrera Judicial en los diversos espacios o competencias en que se ejerce la jurisdicción.

Un proceso formativo, cuya relación con la Carrera Judicial no está definido desde el inicio, corre el peligro de transformarse en un proceso de enseñanza-aprendizaje de competencias generales, muy similar a los desarrollados en el seno de las Universidades.

Sin embargo, la Escuela de Capacitación Judicial no nació para ser una Universidad: ello sería perder de vista sus fines y objetivos últimos y, por consiguiente, su “seña de identidad”.

Pero por otra parte, las Universidades pueden apoyar la función que cumple la ECJ a través de procesos que permitan el desarrollo en el seno de estas entidades que faciliten la reflexión, crítica y análisis de la “realidad judicial”. Un tema propio del hacer universitario y en el que hay todo un amplio campo de trabajo por descubrir.

c. La capacitación judicial como un derecho y como un deber del funcionario relacionado con el mejoramiento de la Carrera Judicial en El Salvador

No podríamos dejar de mencionar dentro del tema que estamos abordando, que existen aspectos cuyo reconocimiento, en este proceso de vincular Carrera y Capacitación, es prioritario, como es el caso que las instituciones encargadas de la administración de justicia - no solo de la formación-, sino también por aquellas que velan por el buen funcionamiento de los tribunales como lo es Corte Suprema de Justicia, dispongan de acciones positivas a efecto de facilitar y mejorar el impacto de los procesos de capacitación.

En este sentido, una interrogante sobre la que debe reflexionarse es, si esta capacitación de carácter pública, que se gestiona con fondos del Estado y que se constituye tanto como un derecho, pero también como un deber público del funcionario o empleado en lo que se refiere a su asistencia y aprovechamiento, puede incor-

porar, tanto por parte del CNJ como de CSJ, elementos de carácter administrativo y logístico que faciliten el acceso, mejoren la calidad y propicien un uso más efectivo y de mayor impacto de la capacitación judicial.

En el caso de los elementos de carácter administrativo y logístico, merece detenerse en un aspecto que ha sido discutido y señalado de forma periódica en los años que la Escuela lleva en funcionamiento, y que está relacionado con los horarios en los que debe propiciarse el desarrollo de los procesos formativos. La interrogante podría resumirse así: ¿La capacitación judicial debería desarrollarse dentro de los horarios de trabajo exclusivamente o bien, fuera de los mismos?

En este tema me atrevería a mencionar, no hay una respuesta correcta. No cabe duda que la inclusión de la formación en horarios laborales permitiría a jueces, magistrados y demás personal judicial, una menor afectación a sus actividades personales y familiares. Por el contrario, desarrollar la capacitación judicial en horarios laborales podría también llegar a afectar el servicio relacionado con la función judicial.

En este terreno, la experiencia de la Escuela de Capacitación Judicial ha considerado afectar lo menos posible los espacios de la vida familiar y personal del capacitando, y por otra parte, también solicitar un espacio del tiempo laboral para desarrollar la capacitación. Y esa experiencia considero que es positiva.

No obstante, también es fundamental definir los créditos y tiempos necesarios por parte del CNJ a través de su Escuela, para cada perfil judicial, relacionados con su formación, para evitar la sobresaturación de procesos formativos; y a la vez, es importante que CSJ reconozca y no sobrecargue al Juez o Magistrados, proporcionando los recursos humanos que sean necesarios en el caso que el tiempo que se requiera para una capacitación efectiva, implique periodos de tiempo, en los que pudiera sugerirse el necesario acompañamiento de las suplencias correspondientes³⁰.

Lo anterior, en virtud que consideramos que el Juez, el magistrado y el operador judicial tiene ciertamente un derecho a la capacitación, y como tal puede exigir no solo su acceso a los programas correspondientes, previo cumplimiento de los requisitos exigidos, sino también la calidad, y sobre el apoyo y la adecuación de

30. Es posible afirmar que la mayor excusa o justificación brindada por parte de jueces, para no asistir a procesos de actualización o especialización jurídica brindada desde la ECJ es la "sobrecarga laboral", que impide acudir a los procesos de actualización o capacitación continua. Las instituciones involucradas en este esfuerzo deben tener presente que la profesionalización judicial y por consiguiente, el reforzar su independencia y fortalecer su carrera, a través de la formación genera costes, que no deben ser asumidos solamente por las personas que son llamadas a procesos de capacitación. No brindar incentivos o acompañar estos esfuerzos de dedicación horaria a la formación, podrían generar procesos en los que el avance y modernización de la justicia en el país se obstaculice a partir de decisiones que sin pensarlo lesionan o menoscaban el ejercicio de la Carrera y la Independencia de los Jueces, elementos principales del quehacer judicial que se constituyen un eje central de esta función en los Estados contemporáneos.

tiempos, recursos humanos y horarios, que deben hacer frente tanto la institución encargada de dichos procesos –en este caso el CNJ- como aquella que puede favorecer o facilitar la permanencia y el buen desempeño a través de disposiciones administrativas que incentiven la vinculación del funcionario a sus procesos de formación. Recordemos, en todo caso, que esto es una acción orientada directa y estratégicamente a apoyar el desarrollo de la Carrera Judicial.

En el mismo sentido, es esencial promover la coordinación interinstitucional a efecto que las agendas administrativas y la programación de la capacitación judicial puedan armonizarse y así evitar, no solo la duplicación de esfuerzos innecesarios, como ya hemos aludido más arriba, sino que, además, la gestión del tiempo para la capacitación no genere efectos negativos en el buen desempeño laboral de los empleados y funcionarios judiciales y viceversa.

Finalmente en este apartado no podemos dejar de mencionar que el mayor riesgo presente en la relación de la formación judicial y el desarrollo de la carrera, ya que en algunos momentos es indudable que la capacitación puede ser instrumentalizada, sea para favorecer a determinados grupos o sectores o bien, para generar procesos de “ideologización” ajenos a los procesos de enseñanza reflexivos y críticos. Por ello es importante transparentar los procesos, especialmente en lo que a igualdad de oportunidades se refiere, definiendo con precisión en los programas a implementar por la Escuela, el valor que la capacitación tiene dentro de la Carrera, como parte de los procesos de objetivización de los criterios de selección y ascenso que necesariamente deben consolidarse en aquella.

d. La capacitación desde la ECJ a los profesionales del derecho y el reto de incidir en procesos de Educación Legal Popular en El Salvador

Si nos alejamos de los operadores judiciales y en general de los funcionarios y empleados del Sector de Justicia, a quienes nos hemos referido con algún detalle anteriormente, tenemos frente a nosotros a otro público que ha sido atendido por la ECJ, y donde tampoco ha estado exenta de crítica la labor de la Escuela. Me refiero al desarrollo de procesos de formación destinados a los profesionales en el ejercicio libre de la profesión.

En esta materia merecería la pena detenerse un poco más, pues me temo que es un tema que merece mayor atención. Sin embargo, trataré de compartir algunas ideas a este respecto.

En primer lugar, si el CNJ y su ECJ identifican la necesidad de concentrarse en la población relacionada con la función judicial, como población prioritaria y priorizada desde el texto constitucional, me parece que ahí no hay dudas sobre la necesidad de exigir y orientar que los recursos humanos y presupuestarios de una Escuela Judicial, se dediquen a la formación de jueces.

Por otra parte, hay un elemento o principio aplicable en el ejercicio libre de la profesión que no es aplicable del todo en el seno del Sector Público: el principio de competencia. Hoy existe un amplio número de abogados y una amplia oferta de servicios profesionales...y como suele decirse la “mano del libre mercado”, suele favorecer a aquellos que por experiencia, pericia, formación u otras razones, destacan en este competitivo sector profesional.

Si es así ¿Debe la ECJ invertir fondos públicos para capacitar a profesionales en el ejercicio libre de la profesión?

Es indudable que en esa labor la ECJ no daría abasto para tal efecto y podría correr el peligro de “ahogarse” tratando de dar cobertura a un grupo poblacional que escapa no solo de las capacidades instaladas, sino también presupuestarias. A ello, en políticas públicas se le denomina la “muerte por el éxito”. Es decir, “todos buscan el servicio”, pero tu capacidad instalada es insuficiente para brindar dicha cobertura, sin perjuicio que su razón de ser, difiere mucho de la tarea de atender a la población con formación en Derecho en todo el país³¹. Y en este caso, debe tenerse presente que el perfil profesional y la especialización deseada puede ser y es además servida a través de las Instituciones de Educación Superior.

Ese es un peligro latente sobre todo en un país donde la diferencia de la calidad de la formación básica del abogado puede ser –y es un decir, muy intuitivo- muy alta, a partir de la enseñanza recibida en el ámbito universitario.

Ahora bien, desarrollar procesos formativos en los que interactúen abogados en libre ejercicio con funcionarios y empleados judiciales, puede ser una práctica positiva para lograr un espacio de encuentro entre diferentes visiones sobre el sistema judicial y sus prácticas.

De ahí que sin demonizar el tema podría identificar algunas prácticas positivas en este tema:

- Los cursos de la ECJ deben dirigirse prioritariamente a funcionarios y empleados judiciales, lo que debe demostrarse en la dedicación de recursos humanos y presupuestarios destinados a tal efecto.

31. La metáfora de la “muerte por el éxito” ha sido utilizada para describir proyectos de modernización judicial, -como es el caso de la creación de la Escuela- y que impactando positivamente en la Administración de justicia, han generado un aumento excesivo de la demanda de servicios que puede llegar a superar las condiciones de la oferta. Como consecuencia, ese servicio puede verse neutralizado o limitado en aspectos como la efectividad, la calidad o la especialización”. Véase a este respecto: Rodríguez Meléndez, Roberto; “¿Modelos de Justicia? Transformaciones en el rol y la formación del Juez en Centroamérica: El Salvador 1990-2005”, Colección profesores n° 2, Publicaciones del Depto de Ciencias Jurídicas de la Universidad Centroamericana “José Simeón Cañas” (UCA), UCA editores, San Salvador, 2008., p. 69-70

- La interacción con abogados en el libre ejercicio puede ser positiva, si los profesionales buscan una formación complementaria y no que sustituya, una deficiente formación básica previa.
- Bajo un enfoque o modelo de aprendizaje por competencias los procesos de actualización o capacitación continua de operadores judiciales, poseen una definida orientación hacia un público meta. De ahí que, ello refuerza la necesidad que la Escuela pueda incorporar en su oferta, eventualmente, como capacitandos, profesionales en el libre ejercicio, ya que de lo contrario podría “desnaturalizarse” los contenidos de capacitación, al tener que formular procesos de enseñanza-aprendizaje cuyo perfil de destinatarios sea más de corte general, como lo suelen ser los procesos de posgrado de las Universidades.

Por lo antes mencionado, sería aconsejable reducir el número de procesos formativos generados *ad hoc* para profesionales en libre ejercicio o para entidades gremiales y orientar la demanda de estos servicios a una programación abierta, en la que se priorizan los destinatarios a partir de su perfil profesional, su vinculación con el quehacer judicial y el interés demostrado en desarrollar las actividades formativas, incluyendo en dicha programación a profesionales de diversas instituciones del Estado que continúan requiriendo esta formación al CNJ, y también a profesionales en el Derecho, que puntualmente pudiesen querer participar en esos procesos.

e. Una breve reflexión sobre la Educación Legal Popular y su relación con la enseñanza del Derecho

Este es un eje temático que excede con plena seguridad las capacidades existentes y las funciones de una Escuela de Capacitación Judicial. No obstante, es una tarea necesaria e insoslayable, sobre todo a partir de una toma de consciencia sobre el origen histórico de la Escuela, tal y como actualmente se encuentra definida en la estructura organizacional del Estado.

Este origen está ligado a los Acuerdos de Paz de 1992, y por consiguiente, esta es una Unidad Sustantiva del CNJ, debería en la medida de sus posibilidades y proyecciones, de contribuir al desarrollo de una cultura de paz, y esa cultura, va de la mano de procesos educativos que consoliden en nuestro país la cohesión social y una cultura basada en el respeto de los derechos humanos.

En El Salvador, los procesos de educación legal popular, han implicado una amplia gama de acciones –algunas de mayor calado que otras- y usualmente se han ligado a la aparición de nuevos marcos normativos donde resulta importante la participación y el empoderamiento ciudadano.

Los esfuerzos desde las instituciones públicas en esta área en el ámbito salvadoreño y con temor a equivocarme, pueden agruparse en acciones que han implicado:

1. Editar textos legales para grandes públicos y distribuirlos en eventos o conmemoraciones (pensando que a la gente común y corriente le gusta y se deleita, leyendo y releendo textos jurídicos que en ocasiones tienen una complejidad indescriptible).
2. Desarrollar iniciativas en los que se edita el texto legal, pero se hace en “versión popular” (elemento que favorece la lectura de estos documentos, pero que requiere para su implantación efectiva de una cultura de derechos, en donde el ciudadano se informa, se documenta y se apropia de sus derechos).
3. Implementar procesos en los que miembros de las instituciones del Estado, asumen el rol de acercarse a la comunidad en la que trabajan para explicar su función, las leyes y los derechos involucrados (por supuesto, también de la mano de materiales *ad hoc* para tal efecto), y en algunas ocasiones con el apoyo medios de comunicación masiva y estrategias comunicacionales.
4. Fomentar desde las políticas de Estado, implementadas desde las instituciones, una visión desde la cual el funcionariado público desarrolla un servicio y donde por consiguiente, debe explicarse a los ciudadanos el alcance de ese servicio, en su propio lenguaje, de forma ejemplificativa y fomentando una adaptación a las características propias del ciudadano (por edades, grupos, intereses o problemáticas).

Es indudable que el abordaje de acciones en este rubro excede las funciones propias de la Escuela, pero la participación de una Escuela de Capacitación Judicial en iniciativas sectoriales en esta materia, sería positivo. Además, es factible considerar que en esta área el liderazgo y la capacidad de llegar a amplios sectores de la población puede efectuarse por medio de socios estratégicos con Universidades u Ong’s, que poseen experiencia en estos procesos y seguramente metodologías y técnicas ad hoc.

f. La calidad como eje central de los procesos en la ECJ (Aprendizaje por competencias, uso de nuevas tecnologías y una reflexión orientada a la práctica en el puesto de trabajo)

Desde el inicio de funciones de la ECJ en el seno del CNJ, se tuvo la suerte de contar con profesionales de primer nivel que permitieron generar una estructura y una cultura organizacional de la Escuela, basada en un fuerte soporte metodológico que apoya y consolida los procesos formativos.

En la Escuela conviven profesionales del Derecho, metodólogos, pedagogos, informáticos y administradores que diariamente trabajan en el quehacer de la Escuela. Esta convivencia interdisciplinar es uno de los aspectos que han permitido ser y hacer Escuela en estos 20 años.

Hoy, los retos al interior de la Escuela se orientan por articular un aprendizaje basado en las competencias propias del operador judicial, hacer un uso más eficiente del “Aula Virtual” y desarrollar procesos que se alejen de la enseñanza basada en la clase magistral entre otras.

En el aprendizaje por competencias, hemos ido dando pasos pequeños, pero seguros, y ello, sobre todo gracias a las observaciones de la población judicial que, cada vez más, solicita una formación no solo orientada a la práctica, sino útil a su quehacer cotidiano y sobre todo que fomente la reflexión conjunta y constructiva en la búsqueda de soluciones a los problemas que enfrenta la justicia contemporánea.

Estos procesos permitirían la profesionalización de los operadores judiciales, alejándose, eso sí, de iniciativas que solo buscan brindar cursos y diplomas y que pretenden generar la ficción en el capacitando que esa titulación o acreditación cuenta y es fundamental en su desempeño profesional, aun y cuando sea de dudoso impacto.

En este aspecto, la Escuela debe profundizar en la relación entre el aprendizaje por competencias y el quehacer judicial como elemento distintivo de la capacitación. Ello, sin duda, permitirá evitar caer en la simple repetición de contenidos ajenos a la Administración de Justicia, buscando contenidos que orienten la reflexión en la práctica. Esto seguramente implicará sacrificar la “cantidad” por la “calidad” en la oferta formativa. Pero ese es un “giro de timón” sin duda necesario y además, buscando desde el propio Consejo y su Escuela, sobre todo en los últimos años.

Sin duda alguna el núcleo duro para fortalecer la calidad de los procesos de enseñanza-aprendizaje en la ECJ, radica en sus recursos humanos, especialmente en su staff de capacitadores. La búsqueda constante de capacitadores formados y experimentados es una labor continua, y donde la Escuela, también debe precisar de incentivos que permitan el reconocimiento de la función docente, donde justamente, como un escalafón, pueda incentivarse a aquellos que de forma continua, apoyan la labor de capacitación.

En cuanto al uso del “aula virtual”, la ECJ cuenta con un equipo que ha venido consolidando su desarrollo en los últimos años. No obstante, debe destacarse que cada vez que dialogamos con los usuarios, estos nos indican siempre, como tendencia, “su preferencia por lo presencial”. En este aspecto creería que existe la necesidad de hacer esfuerzos desde los usuarios, la institucionalidad propia de

CSJ y del CNJ en aras a favorecer e incentivar el uso de la formación virtual, sin perder de vista que, en ocasiones, es imprescindible la planificación de sesiones prácticas presenciales que no pueden ser sustituidas bajo otras modalidades.

El Aula Virtual de la Escuela es un buen instrumento para desarrollar una cultura de la autoformación, en tanto que bajo esta modalidad el usuario, no solo puede identificar los horarios más adecuados para formarse, sino que también puede propiciar la auto-formación, a través de mecanismos que fomenten la investigación desde el propio lugar de trabajo.

Finalmente, los retos por la búsqueda de la “practicidad” del conocimiento son propios del surgimiento mismo de la Escuela y deberían mantenerse y profundizarse a través de una reflexión continua sobre lo que se está haciendo y cómo podemos mejorarlo. Para evitar caer en procesos academicistas que simplemente repitan los contenidos de una enseñanza básica, se precisa de la atenta crítica de los usuarios que deben también ser conscientes del porqué y para qué de una Escuela Judicial. Además, debemos tener presente que cada vez más la relación entre la experiencia y la formación tienden a interactuar con mayor fuerza en el entendido que quizá las mejores teorías que podemos desarrollar para la solución de los problemas que se identifican en nuestro sistema jurídico pueden ser aquellas que luego de un amplio proceso de reflexión y análisis nos permitan, también desde y con la práctica, llegar a un buen puerto.

De ahí la intención de estas líneas, de retomar estos temas y dar una visión de Escuela, lo que ha implicado su institucionalización, sus procesos de acomodación y la necesidad permanente y constante de mejorar los servicios de capacitación judicial en un entorno complejo, cambiante, y en alguna ocasión con poca claridad sobre su historia y razón de ser. Pero, sobre todo, este texto pretende ser un sencillo recuerdo a aquellos que han sabido en estos 20 años “hacer Escuela”, y a quienes presento estas breves líneas como un reconocimiento a su labor, dedicación y ejemplo, que como bien exponía Gustav Jung, *“Uno recuerda con aprecio a sus maestros brillantes, pero con gratitud a aquellos que tocaron nuestros sentimientos”*, ya que seguramente, quienes más han fortalecido la enseñanza del Derecho en nuestro país, son aquellos que con valentía, conocimiento, pero sobre todo dignidad han sabido fortalecer nuestra a veces débil institucionalidad.

Citan que el Dr. Arturo Zeledón Castrillo, en una de las múltiples oportunidades que tuvo de compartir su conocimiento y experiencia dijo:

“Si pretendiste con tus articulillos sacarme de mi habitual serenidad, lamento decirte que lo único que aquellos me han producido, es tristeza y lástima, porque yo te conocí de estudiante en nuestra Facultad de Derecho, como un muchacho inteligente y ambicioso, y desde hace bastante vengo observando que has empleado mal los talentos que Dios te dio. Algo dijo

*Simón Bolívar sobre el talento sin probidad, y ciertamente que nada hay más lamentable que ver a un hombre inteligente prostituir su dignidad intelectual*³².

Consejo Nacional de la Judicatura,

San Salvador, enero de 2014

32. (Tomado de: “*Semblanza del Dr. Arturo Zeledón Castrillo*”. Discurso del Dr. Roberto Castrillo Hidalgo, en la ceremonia de nominación de la ECJ de 22 de julio de 2004, en el X Aniversario de la Escuela de Capacitación Judicial)

Ideología y Reforma Penal

Aspectos problemáticos del saber penal y la punición legislativa

Carlos Ernesto Sánchez Escobar

SUMARIO

Introducción. I. Las nuevas políticas de tendencia punitivista o neoretribucionista. A. El punitivismo. B. La vuelta de la doctrina de ley y orden. C. A los tres delitos estas fuera. D. La visión económica de la pena. E. El garantismo como doctrina racional e ilustrada ante el delito. La visión del derecho penal mínimo. II. La reforma penal en la parte general del derecho penal. G. La reforma a la lesividad como concreción del bien jurídico. H. La reforma al principio de responsabilidad. I. El incremento de la pena privativa de libertad y la forma de régimen de aislamiento. III. La reforma penal en la parte especial del código penal. J. Reformas respecto de la tutela de la vida e integridad de las personas. Homicidio, Lesiones, conducta delictiva de peligro y Femicidio. K. La reforma penal sexual en el código penal. L. El delito de agrupaciones ilícitas. IV. Formas especiales de intervención penal. LL. Fundamento de la intervención especial. M. Ley Especial contra actos de terrorismo. N. La nueva configuración del crimen organizado. Ñ. La ley de proscripción de maras, pandillas y organizaciones criminales. Bibliografía.

Introducción

El presente estudio, tiene como finalidad presentar unas reflexiones sobre la actualidad de algunas corrientes que imperan en la teorización del derecho penal en un sentido más macro, y además en un análisis de la reforma a la legislación penal salvadoreña, ciertamente lo vasto de las modificaciones al código penal, y la creación de nuevos instrumentos de reacción penal impiden que se aborden todos los aspectos del proceso de reforma, de manera que se ha seguido una selección discrecional de algunos temas que podrían representar algún tipo de interés para la comunidad jurídica.

Debe aclararse que estas cavilaciones se han integrado, por una parte la cuestión de las ideologías sobre el uso del poder penal, se presentaron en el evento que se realiza en la Cátedra Alessandro Baratta, siendo este el III Seminario Taller sobre el pensamiento de Alessandro Baratta intitulado “Tutela penal, Derechos Humanos y Sistema Penitenciario”, celebrado en Costa Rica en el años dos mil doce; mientras que las cuestiones de reforma penal se presentaron originalmente en ocasión del Primer Congreso Internacional de Derecho Penal denominado “El Rol del Derecho Penal en el Combate de la Criminalidad” celebrado en la Ciudad de San Miguel, bajo el auspicio de la Universidad Gerardo Barrios; y quizá sea conveniente que ambos vea luz en una publicación oficial, para lo cual, se realizan

algunas modificaciones, excluyéndose algunos temas e incluyéndose otros aspectos temáticos como una contribución a la ventana jurídica que tan exitosamente publica el Consejo Nacional de la Judicatura, particularmente en esta edición especial que conmemora un aniversario de gala de la Escuela de Capacitación Judicial a quien tanto debemos y queremos.

I. Las Nuevas Políticas de Tendencia Punitivista o Neoretribucionista

A. El Punitivismo

Lo primero que debe señalarse, es que el nombre de neoretribucionismo es atribuido sin duda a una nueva racionalidad punitiva que surge en torno a la justificación de la pena en un sentido de mayor gravedad y deshumanización de la pena³³. Así, se recupera la idea retributiva de que la pena es un mal que se impone a quien ha cometido otro mal –delito–, pero se introducen algunos nuevos matices. La formulación clásica, inspirada en el liberalismo del siglo XX, estaba limitada sin duda, por el principio de proporcionalidad, sin embargo, en nombre de la “seguridad” la propuesta neoretributiva elimina la proporcionalidad y recurre a las llamadas penas ejemplarizantes, restringe drásticamente las garantías de los ciudadanos mediante la creación de una política criminal de excepción en la que se justifica la intervención penal a partir de la Razón de Estado; se eliminan en tal sentido, gran parte de las garantías democráticas³⁴, con el pretexto de que las garantías solo sólo favorecen a la criminalidad; se apuesta entonces como se ha señalado por la prevención general y especial negativa; y en tal sentido, el fenómeno del delito se representa como una guerra o batalla entre buenos y malos; el hombre es una especie irredenta, se justifica su neutralización o eliminación de la persona para que no vuelva a delinquir³⁵.

33. Cfr. PASTOR Daniel R. “Recodificación penal y principio de reserva de código”. AD-HOC. Buenos Aires. Argentina. 2005 p 19 y ss.

34. Zaffaroni Raúl Eugenio “El Enemigo en el derecho penal”. Grupo Editorial Ibáñez. Bogotá. Colombia. 2006 p 94 y ss.

35. En tal sentido se dice que el retorno de la inocuización no sólo se halla en perfecta sintonía con la evolución ideológica general de la política criminal norteamericana sino también con el desencanto, fundado o no, en torno a las posibilidades de una intervención resocializadora del Estado. Y por otro lado, la elevadísima sensibilidad al riesgo y la obsesión por la seguridad que muestran amplios grupos sociales. SILVA SÁNCHEZ JESÚS MARÍA “Política Criminal y Persona”. AD-HOC. Buenos Aires. Argentina. 2000 pp. 90 a 110. La base del pensamiento político-criminal punitivista o de neo-retribución parte de los postulados propuestos por el llamado realismo de derecha –por ejemplo CULLEN y GILBERT– renovando la tesis del positivismo peligrosista del siglo XIX y aferrados a teorías biopsicológicas defienden, por ejemplo, un modelo penal en que el castigo sea más que intimidatorio. Además, priorizan, en sus razonamientos, el orden social establecido, las instituciones que lo mantienen, la protección de la víctima y de la sociedad. No obstante, relacionan a los delinquentes con las clases sociales económicamente más vulnerables y con una “moral inferior”, a la vez que consideran los delitos callejeros –robo, hurto, entre otros.– como los actos criminales que, por su mayor habitualidad, requieren una mayor dureza en la respuesta penal. Sobre este aspecto de tendencia peligrosista ver. RIVERA BEIRAS Iñaki “Política Criminal y Sistema Penal. Viejas y nuevas racionalidades punitivas”. Anthopos Editorial. Rubi-Observatorio del Sistema Penal y los Derechos Humanos de la Universidad de Barcelona. España 2005 pp. 54 a 58.

Como ideario de política penal, las formulaciones que se adscriben bajo el signo neoconservador³⁶ recupera aspectos de distintas escuelas criminológicas³⁷ teniendo como centro la retribución como la mejor medida para solucionar el fenómeno del delito.³⁸ A partir de la implementación de las políticas públicas penales de tinte neoretribucionista³⁹, especialmente en Estados Unidos determinadas acciones políticas ganaron gran reconocimiento y fueron la base y el referente para la política criminal contemporánea de otros Estados⁴⁰; de esas políticas, algunas de las más sobresalientes son la renovación de ley y orden, y la de a los tres delitos estas fuera o “*three strikes and you are out*”, así como la visión económica de la pena –entre otras–.

B. La vuelta de la doctrina Ley y orden

Debe señalarse, que aunque originalmente el concepto de “Ley y Orden” estaba vinculado al control del orden público sobre todo en un énfasis de la doctrina de la seguridad nacional⁴¹, es decir, al uso de las fuerzas de seguridad del Estado a fin de evitar delitos, actuando como órganos de seguridad pública en un sentido altamente represivo y de control⁴², hoy ha quedado vinculado a un discurso de opción de política criminal que lo promueve bajo un concepto de aplicación severa de la ley como mecanismo de control del fenómeno delictivo, una severidad radical.

36. Ciertamente el neoretribucionismo introdujo en la cultura política una preocupación de anti-modernidad por los temas de la tradición y la autoridad. En tal sentido, el problema de la conducta inmoral se presenta como un problema, de carácter de las personas pobres y por lo cual los *pauper* deben ser más disciplinados. Así esta nueva visión conservadora enarbolaba un mensaje moral exhortando a todos a volver a los valores de la familia, el trabajo, la abstinencia y el autocontrol, pero en la práctica sus reglas de conducta morales se imponen a las grandes franjas de población marginada. Ver por ejemplo el panorama que presenta GARLAND DAVID “La cultura del control. Crimen y orden social en la sociedad contemporánea”. Editorial Gedisa. Barcelona. España. 2001 pp. 173 a 174.
37. Así, se recupera la tesis criminológica clásica del absoluto libre albedrío, añadiéndole los postulados de la elección racional; se defiende la posibilidad de dibujar un perfil del delincuente y aseguran la preeminencia de factores genéticos en la predisposición hacia la delincuencia; se sostiene que existen factores del entorno social que podrían favorecer el comportamiento delictivo; otro componente, es la aceptación de que las penas incoizadoras son las más adecuadas, puesto que ponen fin a las acciones criminales.
38. Señalando esta forma de prevención –desde una postura crítica– como uno de los pocos aspectos alcanzables de la función de la pena, aunque reñidos con principios constitucionales BARATTA Alessandro “Política Criminal: Entre la política de seguridad y la política social” en Memoria Criminológica N° 1. Criminología y Sistema Penal. *In memoriam Alessandro Baratta*. B de F. Buenos Aires. Argentina. 2004 pp. 160.
39. Se señala que esta fundamentación neoretribucionista, desplaza los fines instrumentales de la pena a fines simbólicos, que magnifican por así decirlo, el carácter retributivo de la pena, sobre ello ver: BARATTA Alessandro “Funciones instrumentales y simbólicas en el derecho penal: Una discusión en la perspectiva de la criminología crítica” en Memoria Criminológica N° 1. Criminología y Sistema Penal. *In memoriam Alessandro Baratta*. B de F. Buenos Aires. Argentina. 2004 pp. 82 a 83
40. La implementación de políticas públicas neo-punitivas en materia penal, podrían situarse en dos períodos El Primero, entre 1970 y 1990, en la era *Reagan-Tatcher*, se da sobre todo la expansión retórica de los discursos de «mano dura» y la consecución de acciones políticas que van desde la reforma del sistema judicial y penitenciario hasta la implementación de planes multiniveles como el de la «guerra contra la droga» de Ronald Reagan. La segunda posteriormente en la década de 1990, a manos de los partidos progresistas a partir de las propuestas político-criminales del *New Democrats* de Bill Clinton Sobre ello, GARLAND DAVID “LA CULTURA DEL CONTROL” Op. cit. p. 137; WACQUANT Loïc “Las Cárceles de la Miseria”. Ediciones Manantial. Buenos Aires. Argentina. 2000 pp. 32 y ss. Señalando incluso un fundamento metafísico de la justicia en la gestión *Regan* ver: BARATTA Alessandro “Funciones instrumentales y simbólicas en el derecho penal: Una discusión en la perspectiva de la criminología crítica” Op cit. p 82.
41. Ver BARATTA Alessandro “Política Criminal: Entre la política de seguridad y la política social” Op cit. p 156.
42. WACQUANT Loïc “Las Cárceles de la Miseria” Op cit p 101.

Debe señalarse, que la idea de “ley y orden”, suele estar asociada con la de políticas de mano dura, lo cual se materializa en la percepción popular el pensamiento de que el riesgo del delito es intolerable, es decir el delito se entiende no ya como un fenómeno social, sino como una especie de enemistad y de guerra frente al derecho.

La idea de ley y orden presenta las características comunes: 1) la proposición de políticas de control social altamente represivas; 2) la materialización del ideal de “mano dura” y “severidad” en la repuesta penal; 3) el fomento de una política criminal basada en el encarcelamiento y en las penas de carácter confinatorio e inocuizantes; 4) la atribución a las penas de la función de prevención general negativa; y 5) la utilización máxima de la prevención especial negativa; 6) un uso meramente retórico de la firmeza de la represión penal como único mensaje de la intervención punitiva del Estado; 7) El recorte de los beneficios penitenciarios; 8) un desahucio de las políticas de carácter preventivo primario en el sentido de intervención social como rol fundamental del Estado.

C. A los tres delitos estás fuera

Para considerar este aspecto de las políticas de intervención neopunitivistas⁴³, debe indicarse que entre los años 1994 y 1997 la preocupación por la inseguridad ciudadana en los Estados Unidos de América alcanzó niveles alarmantes. En ese período, 24 Estados y parte de la legislación federal incorporaron medias que se dieron a conocer por la frase “*three strikes and you’re out*”⁴⁴.

En las leyes de “a los tres delitos estas fuera”, como en los modelos de ley y orden la retribución el punto medular de las misma, y se centra en la vieja idea de incapacitación del delincuente como medida objetiva de disminuir el crimen; los matices son los diferentes por cuanto, en los modelos de ley y orden su fundamento es la adopción de una aplicación severa y estricta de las leyes penales y un uso creciente de la policía, aun combinadas con fuerzas elites o militares.

43. Utilizamos con alguna “licencia”, los términos neoretribucionismo, y neopunitivismo, pero sobre este último es importante añadir su significación, en el sentido de: “[...] corriente político criminal que se caracteriza por la renovada creencia mesiánica de que el poder punitivo puede y debe llegar a todos los rincones de la vida social, hasta el punto de confundir por completo como se verá más abajo, la protección civil y el amparo constitucional con el derecho penal mismo”. PASTOR Daniel R. “La deriva neopunitivista de organismos y activistas como causa del desprestigio actual de los derechos humanos” en Nueva Doctrina Penal. 2005/A. Editores del Puerto. Buenos Aires. Argentina p 74.

44. La locución *three strikes*, proviene del lenguaje del béisbol, deporte en el cual si el bateador *-striker-* batea tres veces la bola en vano sin golpearla o golpeándola por fuera de las zonas demarcadas, queda fuera de circulación, es decir eliminado *-three strikes and you’re out-* en tal sentido, la alegoría al campo criminal significa que, al tercer delito, se le impone al sujeto una condena que, dependiendo de cada legislación estadual, puede significar desde 25 años de prisión hasta la cadena perpetua. Según se informa el primer Estado que implemento estas leyes, fue en el año 1993 (aprobándose en referéndum la Iniciativa 593), el estado de Washington, en el cual, la comisión de un tercer delito grave o violento significaba una condena a cadena perpetua sin posibilidad de libertad a prueba. California, en 1994 *-Proposición 184-*, fue el siguiente, si bien, en este caso, su norma fue mucho más severa porque no exigía que los delitos previos fueran violentos, sino que bastaba que fueran delitos mayores, es decir, delitos que se castigan con privación de libertad en la prisión estatal y no del condado. Sobre ello DEL ROSAL BLASCO, BERNARDO “¿Hacia el Derecho penal de la postmodernidad?”, en Revista electrónica de ciencias penales y criminología, Revista Electrónica de Ciencias Penales y Criminología. 11-08 (2009), Pág. 15.

De lo anterior, puede resumirse que mientras que en las leyes “*three strikes and you’re out*” se plantea una clara estrategia de prevención especial, se intenta evitar que el delincuente que haya cometido un delito vuelva a cometer otro, por lo cual se pretende: (a) incapacitar a los delincuentes reincidentes, multi-reincidentes y habituales; y b) optar por una política criminal de encarcelamiento prolongado donde ya no tiene sentido la reinserción social, generándose inclusive una situación insostenible con la prisionalización y el hacinamiento penitenciario, lo cual ha provocado serios problemas en el ámbito de ejecución de penas⁴⁵.

D. La visión económica de la pena

Otro aspecto importante es la dimensión del castigo, es decir, la imagen preventiva de la sanción⁴⁶, dicho fundamento, se vincula a la idea ponderativa o de racionalidad del ser humano dada sus preferencias y restricciones, ello indica básicamente una visión utilitarista sobre el juicio del llamado *homo economicus*⁴⁷; empero el juicio de balance entre castigo y concupiscencia no es nuevo, y debe afirmarse su incidencia, pero no en un sentido completo y general para el orden social, es difícil sostener que en todos los fenómenos que se catalogan como criminales, puede realizarse una racionalización del costo-beneficio entre ventajas del delito y pena⁴⁸.

El castigo podrá prevenir algunas clases de delitos en determinados sectores de población, en base a la ponderación de costo-beneficio⁴⁹ pero ciertamente ello tampoco es decisivo, por cuanto usualmente no son las clases menos marginadas, la franja poblacional que es la primacía del derecho penal⁵⁰, ello en virtud de que la clase media por su estabilidad en el orden social y político del poder –al menos hasta ahora– no es sujeto predominantemente criminal respecto de ciertos delitos –es decir delinquen más en otras esferas, y no en las tradicionales– o desde una perspectiva más propia del poder, no delinque por la doctrina del *state in conformity* es decir una recompensa a la obediencia⁵¹; paradójicamente, la norma penal estaría destinada a no prevenir a quien no obtiene las suficientes recompensas en la distribución económica y social⁵²; tampoco lo haría respecto de aquel que es habitual

45. Sobre esta cuestión se determinó por la Corte Suprema de los Estados Unidos en la sentencia *Brown v. Plata* acordara que uno de los problemas medulares del sistema penitenciario es el hacinamiento, el cual genera vulneración al derecho constitucional a los cuidados médicos. Vid. SUPREME COURT OF UNITED STATES, *Brown, Governor of California. Et. Al. v. Plata. Et. Al.*, en <http://www.supremecourt.gov/opinions/10pdf/09-1233.pdf>.

46. ROTMAN Edgardo “La Prevención del Delito”. IJSA. San José. Costa Rica. 1998 p 79.

47. SILVA SÁNCHEZ Jesús María “Política Criminal y Persona” Op cit. pp. 42 a 45.

48. Para señalar un área en la delincuencia penal juvenil se señala: “[...] por ahora nos oponemos a una idea de acción irracional a la de elección racional, sino que suponemos una presencia de lógicas inversas en distintos tramos de la acción. En un extremo juicios de tipo ‘estábamos ahí y vimos pasar una vieja y nos mandamos’ pueden hacer pensar en la preeminencia de acciones que excluyen el cálculo costo-beneficio o repentista” KESSLER Gabriel “Sociología del delito amateur”. Paidós. Buenos Aires. Argentina. 2004 p 57.

49. MONTERO SOLER Alberto TORRES LÓPEZ Juan “La economía del delito y de las penas”. Un análisis crítico. Comares. Granada. España. 1998 p 24

50. WACQUANT Loïc “Las Cárceles de la Miseria” Op. cit. p 27.

51. LAURRARI PIOJAN Elena “Fundamentos de Política Criminal” en Ciencias Penales. Monografías. Consejo Nacional de la Judicatura. Escuela de Capacitación Judicial. San Salvador. El Salvador. 2000 p 44.

52. HASSEMER Winfried “Fundamentos del Derecho Penal”. Traducción de Francisco Muñoz Conde y Luis Arroyo Zapatero. Bosch. Barcelona. España, 1988 p 384.

en sus comportamientos, y que no recibe respuesta del sistema y cuando la recibe, percibe tal respuesta como un coste asumido en su rol social⁵³.

Pero además, debe considerarse que en sus diferentes formas el control social normativo formalizado resulta limitado, con “técnicas de neutralización” las cuales suministran determinadas justificaciones para cometer determinadas conductas delictivas a pesar de que se sepa no sólo de su prohibición sino de que tal actuar constituye un delito⁵⁴ o en ultimo sentido entendiendo que el comportamiento es jurídica y moralmente lícito, en el sentido de constituir un *ethos* de carácter amplio⁵⁵, que no radica en la diversidad moral sino a valores compartidos pero contextualizados y no siempre vinculados a una apreciación de ventaja desventaja⁵⁶.

E. El Garantismo como doctrina racional e ilustrada ante el delito

Se ha sostenido que la orientación del garantismo penal surgió durante los años de mil novecientos sesenta a setenta, como teoría jurídica, en oposición, primero a los a un sistema penal de corte fascista –Italia– después, a la creación de normativas de excepción y emergencia, que reducían los principios constitucionales, por lo cual se requería un pensamiento racional que se opusiera tanto en el plano teórico como práctico a los estatutos jurídicos de intervención máxima⁵⁷.

Es importante señalar, que esta corriente del pensamiento jurídico, se vincula a la tradición clásica del pensamiento penal liberal, con fundamento de la vivencia

53. Ciertamente este problemas es sumamente complejo respecto de la efectividad del sistema penal, para quienes masifican el delito como forma de vida o de subsistencia, y aprende a vivir en la urbe carcelaria e incluso a ejercer poder el microcosmos carcelario, tampoco a aquellos para quienes la cárcel no representa un estigma respecto de su grupo social, y respecto de aquellos para quienes en razón de su subcultura el encarcelamiento es una forma de mérito; tampoco para aquellos que necesitan a la cárcel para vivir, porque en el entorno social es más difícil sobrevivir, por lo menos durante un período que es a veces asumido como unas vacaciones

54. LAURRARI PIOJAN Elena “Fundamentos de Política Criminal” Op cit. p 44.

55. Por ejemplo en la delincuencia de cuello blanco, fraudes de comerciantes, evasión de impuestos, fraudes de subvenciones, defraudación a los consumidores, contaminación, violencia de género, violencia racial, abuso de poder, pequeña y grande *quaestio repetundarum* colusiones, pequeños hurtos y daños, etcétera.

56. SANTORO Emilio “Cárcel y sociedad Liberal”. Temis. Bogotá. Colombia. 2008 p 77; puede indicarse que el mito de la prevención asume asimismo la imagen de un autor reflexivo, que no se corresponde con la realidad al menos en la generalidad de las circunstancias LAURRARI PIOJAN Elena “Fundamentos de Política Criminal” Op cit p 45.

57. Se señala que el garantismo nació arraigado en el plano ideológico al marxismo pero de la nueva izquierda inclusive en círculos jurídicos con dos aspectos sustanciales: a) una arraigada tradición de derecho escrito, de los principios constitucionales y conquistas liberales históricas (legalidad, dignidad, razonabilidad entre otros.); y b) como reacción a la práctica estatal autoritaria con ausencia importante de un Estado benefactor, una endeble democracia y graves violaciones a los principios del derecho penal liberal. RIVERA BEIRAS, IÑAKI., Política Criminal y Sistema Penal” Op cit p 199. En apretado epitome, las principales fundamentos del modelo Garantista son: a) la separación sustancial entre derecho y moral para la definición de las penas y los delitos; b) el castigo como reacción estatal debe estar fundamentado en la realidad empírica y las penas deben generar el máximo posible de bienestar para el orden social y el mínimo de malestar necesario para los destinatarios de pena; c) la defensa de un Derecho penal con sentido mínimo y utilizado como última instancia de control forma (*ultima ratio*); y, d) la garantía de un sistema penal racionalizado que elimine la arbitrariedad y la venganza como reacción ante el delito. Ver GASCÓN ABELLÁN, MARÍA “La teoría general del garantismo: rasgos principales» en CARBONELL, MIGUEL SALAZAR, Pedro (edit.), Garantismo. Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli”. Editorial Trotta. Madrid. España. 2005 pp. 21 a 39.

normativa de del pensamiento ilustrado en el plano jurídico⁵⁸, cuyo eje principal es la reducción razonable del poder penal, mediante el estricto sometimiento a la legalidad expresada como una forma razonable del control del poder.

En tal sentido el Garantismo⁵⁹ y la visión de un Derecho penal mínimo, tienen planos de vinculación importantes, sobre la base de ser ambos modelo teórico y normativo de un derecho penal capaz de minimizar la violencia estatal tanto en la creación del delito, su aplicación, como en su comprobación del mismo— sometiendo todas esta actividad a límites estrictos impuestos para tutelar los derechos de la persona⁶⁰ que se derivan de un plano normativo comenzando por el orden constitucional y descendiendo a otro sistema de fuentes.

F. La visión del Derecho Penal Mínimo

El derecho penal mínimo, pretende una reducción importante en la materialización del derecho penal, se parte de la idea, que es necesaria la intervención del sistema penal, para mediatizar los conflictos sociales que se originan entre los gobernados, pero se tiene claridad que esa intervención que así misma es productora de violencia⁶¹, debe ser únicamente la necesaria, es decir la mínima, la cual sólo estará legitimada, siempre que se utilice como instrumento de *ultima ratio* en

-
58. Sobre el pensamiento penal liberal y la ilustración y sus némesis por todos la magnífica obra de LLOBET RODRÍGUEZ Javier “Cesare Beccaria y el Derecho Penal de Hoy” Segunda edición. Editorial Jurídica Continental. San José. Costa Rica. 2005 pp 11 a 67.
59. Conviene aclarar que del garantismo es posible identificar –al menos– tres significados. En primer lugar, el garantismo es un «modelo normativo de derecho», el modelo de estricta legalidad propio del Estado de derecho que en el plano epistemológico se caracteriza como un sistema cognoscitivo o de poder mínimo, en el plano político como una técnica de tutela capaz de minimizar la violencia y de maximizar la libertad y en el plano jurídico como un sistema de vínculos impuestos a la potestad punitiva del Estado en garantía de los derechos de los ciudadanos. En segundo lugar, el garantismo es una teoría de la validez y de la efectividad como categorías distintas no solo entre sí, sino también distintas de la existencia o vigencia de las normas. En tercer lugar, el garantismo designa una filosofía política que impone al derecho y al Estado la carga de la justificación externa conforme a los bienes y a los intereses cuya tutela constituye precisamente la finalidad de ambos. Cfr. FERRAJOLI, Luigi “Derecho y razón. Teoría del garantismo penal”. Editorial Trotta. Madrid. España. 1997 pp. 851 a 855; GIANFORMAGGIO Leticia “Las razones del garantismo. Discutiendo con Luigi Ferrajoli,”. Temis. Bogotá. Colombia. 2008 pp. 15 a 16. GASCÓN ABELLÁN, MARÍA “La teoría general del garantismo: rasgos principales Op cit. pp 21 a 39.
60. Sobre ello FERRAJOLI, LUIGI “Democracia y Garantismo”. Editorial Trotta. España. Madrid. 2010 Págs. 192 a 193. Así, esta vertiente, parte de la idea que la política criminal es un instrumento racional del poder, para enfrentar el fenómeno de la criminalidad como lo que es, un complejo problema social, que debe ser abordado desde la perspectiva del Estado Constitucional, es decir entendida ya no como simple «política penal» de carácter punitivo, sino como un instrumento real de transformación no solo institucional sino que también del tejido social; por el cual la reacción penal para que cumpla su fin debe ser utilizado como último mecanismo y únicamente en aquellos casos en que las particularidades complejas del conflicto hagan absolutamente necesaria la intervención punitiva El garantismo pone de manifiesto las exigencias formales de seguridad jurídica, dignidad, legalidad, razonabilidad, y se cimienta en una visión humanizadora, como clara expresión de un Estado ilustrado y evolucionado en sentido político-criminal enfrentando de manera realista y progresista los problemas esenciales tanto teóricos como prácticos del Derecho Penal y la realidad social. Sobre ello ver. SILVA SÁNCHEZ JESÚS MARÍA “Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo”. J.M. Bosch. Editor. Barcelona. España. 1992 pp. 37 a 38.
61. Con una idea muy clara de que la pena, es violencia institucionalizada, y de manera más creciente según el grado de la restricción de los derechos de las personas. Ver BARATTA Alessandro “Principios de Derecho Penal Mínimo (Para una teoría de los derechos humanos como objeto y límite de la ley penal)” en Memoria Criminológica N° 1. Criminología y Sistema Penal. *In memoriam Alessandro Baratta*. B de F. Buenos Aires. Argentina. 2004 p 300.

toda su extensión⁶²; por ejemplo, en la criminalización de conductas merecedoras de pena, en la tutela de bienes jurídicos, en la dosimetría abstracta de la pena, en la selección de penas alternativas a la prisión, en la simplificación de los mecanismos de resolución alternas del conflicto penal por medios resarcitorios⁶³ entre otros.

Esta visión de un derecho penal, que es consciente de las funciones de control social formalizado que ejerce, y de los límites del poder que impone a los habitantes de la república, busca reducir sus efectos negativos, mediante una racionalización de sus instrumentos coercitivos, es la visión del derecho penal mínimo, que además pasa por un absoluto respecto a los derechos humanos de las personas, que se ven involucradas en el problema penal, como de sus derechos y garantías fundamentales y es constructor de un ámbito de mayor justicia social⁶⁴.

Se acepta por la corriente minimalista, la necesidad del derecho penal y de la pena, pero utilizados ponderadamente y lo más desprovisto de sus contenidos simbólicos⁶⁵, ello porque en el actual estado de cosas, sería una quimera proponer la disolución del sistema penal⁶⁶, sin embargo –como se ha señalado– aspirar a la desaparición del orden penal, podría representar una agudización del fenómeno del control, bajo instrumentos de mayor rigidez como policías morales colectivas, o con técnicas de vigilancia e intervención totales, algo no remoto mediante el actual avance tecnológico⁶⁷. A partir de las ideas esbozadas, las bases que se propugnan por el pensamiento minimalista del derecho penal, y vinculadas a la pena privativa de libertad se pueden sintetizar en las siguientes propuestas que se detallaran:

Primera: Que el sistema penal, únicamente puede justificarse, si a partir de su intervención en los conflictos sociales, logra una reducción importante de la violencia; ello significa, que la intervención penal se encuentra justificada, lo cual se acepta cuando si sumada la violencia del delito y de la reacción punitiva, éstas son menos deletéreas que la violencia del delito cometido, en el contexto social⁶⁸; en virtud de

-
62. ELBERT Carlos Alberto "Manual Básico de Criminología". Eudeba. Primera edición Buenos Aires. Argentina. 1998 p 120.
63. PÉREZ PINZÓN Álvaro Orlando "Introducción al Derecho Penal". Señal Editora. Medellín. Colombia. 1998 pp. 70 a 75.
64. Sobre este aspecto BARATTA Alessandro "Nuevas reflexiones sobre el modelo integrado de las ciencias penales, la política criminal y el pacto social" en Memoria Criminológica N° 1. Criminología y Sistema Penal. *In memoriam Alessandro Baratta*. B de F. Buenos Aires. Argentina. 2004 p 183.
65. FERRAJOLI Luigi "La Pena en una Sociedad Democrática..." Op. cit p 22.
66. En tal sentido se ha dicho "El sueño de terminar con el derecho penal es otra de esas utopías que en los últimos años se ha venido derrumbando vertiginosamente". DE LA BARREDA SOLÓRZANO Luis "Abolir la prisión: un canto de sirena" en "Criminalia". Año LVIII, enero-abril. N° 1. México. 1992 p 18. Habrá de considerarse que esta idea de imposibilidad de desaparicimiento del derecho penal, parte de la base que el abolicionismo como propuesta, es una regresión histórica con una perspectiva que podría calificarse de utópica en un Estado o sociedad "buena", lo cual no parece realísticamente posible, aunque esa objeción, no deslegitima en nada planteamientos importantes, en el avance del control del poder penal, que han sido posibles gracias a la propuesta abolicionista y a los señalamientos de las deslegitimaciones del sistema penal;
67. ZAFFARONI Eugenio Raúl "La Globalización y las actuales orientaciones de la Política Criminal" en Nueva Doctrina Penal. 1999-A. Editores del Puerto. Buenos Aires. Argentina. 1999 pp XVII a XVIII.
68. De ahí que, el derecho penal no puede aspirar a resolver todos los conflictos sociales, a los cuales sí se agregará una respuesta punitiva como medio de control, podría generar más nocivas consecuencias en el entorno social.

ello, el derecho penal se justifica, si su intervención ayuda a evitar más comportamientos violentos, que la sumatoria de la violencia que constituye la conducta merecida de intervención y la misma ejecución de la pena⁶⁹; si al contrario, pese a la intervención del derecho penal, las consecuencias de violencia se agudizan, en el sentido de complicar aún más la problemática social de los intervinientes, el derecho penal deviene en inefectivo e irrazonable⁷⁰.

Segunda: La pena sólo se justifica en su necesidad, si aplica de manera indefectible para redefinir el conflicto penal, y genera menos consecuencias nocivas, que otras reacciones estatales, que con un menor lesividad, podrían alcanzar los mismos fines que la pena, en relación a la tutela de los derechos de los intervinientes materiales respecto del delito, y de la pacificación del orden social como fin ulterior⁷¹, de lo contrario la sanción privativa de libertad resultaría deslegitimada, al menos materialmente.

Tercera: El monopolio de estatalidad de la potestad punitiva, en cuanto creación de conminaciones penales y formalización del juzgamiento, resulta justificado, sólo si los costos que del mismo se originan, son más bajos que aquellas consecuencias que se derivarían de la implantación de mecanismos de control no oficial⁷². La otra expectativa, es que si otros mecanismos de simplificación del conflicto penal, pueden solucionar el mismo, con un costo menor al del derecho penal⁷³, debe optarse por esta solución, aunque con ello se mediatice la intervención punitiva del Estado, porque el uso del sistema penal, sólo es genuino, cuando ofrece una mejor redefinición del drama social y humano, con la menor violencia posible, es decir, cuando se satisface primordialmente el interés de partes materiales al propio conflicto, sin dejar de tutelar los bienes jurídicos, aunque no reconociéndolos de manera meta-personal, sino de manera antropocéntrica.

Cuarta: El sistema penal está plenamente justificado, si reduce de manera sensible la violencia arbitraria, para ello, todo el orden penal, debe ser capaz de satisfacer

69. Lo anterior significa que el sistema penal, también es un creador de problemas y conflictos, y cuando ellos son mayores, su utilización no se encuentra justificada, o dicho de otra manera con esclarecidas palabras: "El sistema punitivo produce más problemas de cuantos pretende resolver. En lugar de componer conflictos, los reprime y, a menudo, éstos mismos adquieren un carácter más grave en su propio contexto originario; o también por efecto de la intervención penal, pueden surgir conflictos nuevos en el mismo o en otros contextos BARATTA Alessandro "Principios de Derecho Penal Mínimo" Op cit. p 302.

70. FERRAJOLI Luigi "Derecho y Razón..." Op. cit p 931.

71. FERRAJOLI Luigi "La Pena en una Sociedad Democrática..." Op cit p 24. Lo anterior lleva a impulsar, el reconocimiento de criterios de necesidad en el orden punitivo, tanto en la misma respuesta coercitiva, ampliando el catálogo de penas alternativas a la prisión, y midiendo la dosimetría abstracta de la pena de prisión, así como proponiendo medios de justicia restitutiva o restaurativa, que de manera pronta, permitan en ciertas conductas delictivas, reparar por el justiciable los perjuicios ocasionados a la víctima.

72. FERRAJOLI Luigi "Derecho Penal Mínimo y Bienes Jurídicos Fundamentales" en Revista de Ciencias Penales Número 5. Marzo-1992. ABC Editores. San José. Costa Rica. 1992 p 8. Una doble dimensión presenta este enfoque, por una parte, si la decisión es acudir al derecho penal, aun reconociendo que sus métodos generan perjuicios sociales, es porque estos detrimentos, son menos lesivos, de lo que resultaría la tolerancia de la conducta injuriosa para los bienes jurídicos, o por otra parte, porque la no intervención del derecho penal, podría desencadenar una mayor conflictividad social, en cuanto al aseguramiento de los derechos de los gobernados.

73. BARATTA Alessandro "Principios de Derecho Penal Mínimo" Op cit p 325.

de manera cada vez más óptima, los derechos fundamentales de los gobernados, sin importar que sean víctimas y justiciables, de igual manera, debe hacer efectiva el sistema de garantías penales, procesales penales y de ejecución de pena, que son el escudo en el cual descansa la tutela de las libertades ciudadanas⁷⁴.

Quinta: Para una justificación de un sistema penal como método, que se sabe es profundamente coercitivo, se requiere un alto grado de racionalidad, y ésta necesidad se hace efectiva, mediante un sistema penal previsible y controlable, en cuanto a sus grados de intervención, ello importa una doble dimensión de la formalización de todo el sistema, por una parte, la certeza de la sujeción a la estricta legalidad por parte de los niveles del decisionismo penal⁷⁵, abarcando el subsistema legisferante, el policial, el fiscal, el judicial, el penitenciario⁷⁶; por otra parte, la efectiva viabilidad o “practicidad”, de todo el diseño de garantías mínimas acordadas al orden penal.

Sexta: Digamos que, un derecho penal resultaría justificado en términos democráticos, si por el mismo se logra, la tutela efectiva de los bienes jurídicos de los gobernados, conservándose así mismo sus esferas amplias de libertades, generándose en consecuencia una relación de máximo bienestar; y si provoca limitaciones para los infractores de dichos intereses vitales, resguardados por la norma jurídica, ellas ha de ser, la mínima afectación posible respecto de sus derechos fundamentales, y de los derechos de sus grupos familiares, a quienes de manera también real termina afectado la pena, y sobre todo la pena privativa de libertad⁷⁷.

Séptima: El derecho penal mínimo reconoce, que el derecho penal real, debe aspirar a cumplir por lo menos, una doble función de contención democrática: una de ella, es la prevención del delito pero de manera racional, y únicamente sobre la función de protección de bienes jurídicos, y no de meras funciones del sistema

74 ZAFFARONI Raúl, ALAGIA Alejandro, SLOKAR Alejandro “Derecho Penal”. Parte General. Ediar. Buenos Aires. Argentina. 2000 p 24. Con lo anterior, se pretende reducir la arbitrariedad estatal, al momento de enfrentar el fenómeno delictivo, desde su visión de política criminal hasta el decisionismo de política penal; en dichas franjas de contención, debe imperar un respeto profundo por la persona humana, y por todos los derechos que se le reconocen, así como por los principios y garantías que los hacen efectivos, de ello se pretende, una respuesta al delito racional, proporcionada, verdaderamente efectiva, no autoritaria, ni maximizada y meramente simbólica. Pero además se pretende, la reducción al mínimo de todas aquellas respuestas arbitrarias, tanto las que podrían gestarse en el seno del tejido social, como las que en ocasiones impulsa de manera subterránea, el mismo sistema penal, y que son lesionadoras de los derechos humanos de los habitantes.

75. BARATTA Alessandro “Principios de Derecho Penal Mínimo” Op cit p. 306 a 307.

76. De ahí que, se tenga conocimiento y certeza de parte de los gobernados, que el ciudadano que enfrente al sistema penal, lo hará amparado bajo la égida de los principios fundamentales de legalidad, en su cuádruple manifestación de exigencia, de que la ley penal sea escrita, y emanada bajo el principio de reserva de ley formal por el poder legislativo; que la misma ley sea previa e irretroactiva, salvo en lo favorable al justiciable; que la ley sea cierta, es decir precisa en sus descripciones; y que sea interpretada de manera estricta, es decir de manera restrictiva en cuanto a la intelección de los tipos penales; y que se cumplan a partir de dicho principio de estricta legalidad, los subsiguientes principio como el de *nulla poena sine actione*, de lesividad, culpabilidad, proporcionalidad, de presunción de inocencia, de *indubio pro reo*, de inviolabilidad de la defensa, de carga de la prueba, de motivación de la sentencia y de *ne bis in idem*.

77. BARATTA Alessandro “Principios de Derecho Penal Mínimo” Op cit 311.

penal⁷⁸; la otra función, es la prevención respecto de la misma respuesta penal, es decir, la erradicación de todas aquellas penas o mediadas de seguridad, que materialmente son inhumanas, dentro de las que quedan comprendidas, las que son desproporcionadas en su configuración abstracta o en su dosimetría concreta, cuando se aplican más allá de los límites de su necesidad⁷⁹.

Octava: Debe considerarse que el derecho penal mínimo, no desconoce la selectividad del sistema penal⁸⁰, y el inmenso poder que se desarrolla en el ejercicio de la actividad punitiva, por el derecho penal, que inclusive puede derivar en arbitrariedad o terror penal; por ello precisamente, es que el derecho penal, tiene que estar dirigido a una doble finalidad, que se resume en: la protección efectiva de los más débiles ante los más fuertes⁸¹; el segundo nivel de protección se confiere aquí a la inversa, en el sentido de proteger al justiciable, que en la relación de poder, al enfrentarse al Estado respecto de la imputación penal, es el más débil, siendo en este caso la autoridad estatal el sujeto más fuerte; en tal sentido, el sistema normativo debe ser el límite efectivo, que controle la respuesta punitiva del Estado, frente a la persona que lo enfrenta.

II. La Reforma en la Parte General del Derecho Penal

G. La reforma a la lesividad como concreción del bien jurídico

La determinación del principio de lesividad del bien jurídico, es otra limitación a la potestad del *ius puniendi* estatal, dicho axioma, también es conocido como principio de objetividad o lesividad material⁸², y es un enunciado del derecho penal

78. MOCCIA Sergio "De la Tutela de Bienes a la Tutela de Funciones. Entre ilusiones postmodernas y reflujos iliberales. Traducción de Ramón Ragues Valls en "Política Criminal y Nuevo Derecho Penal". Libro Homenaje a Claus Roxin. J. M. Bosch. Barcelona. España. 1997 p 125.

79. Pero también debe reconocerse, que un derecho penal mínimo, aunque se dirige a minimizar la violencia que origina el delincuente con su conducta, afectando bienes jurídicos valiosos, también se dirige a neutralizar la violencia estatal, cuando es excesiva, o la violencia particular como venganzas o reacciones informales con o sin anuencia estatal.

80. Así se indica: "La selectividad del sistema penal en el reclutamiento de su propia clientela consistente en individuos pertenecientes a las clases sociales más bajas no depende únicamente del hecho de que el sistema refleja y reproduce las situaciones de desigualdad existentes en una sociedad, sino que también tiene un ulterior origen estructural. Éste consiste en la gran discrepancia que existe entre la prevención de sanciones para determinados comportamientos delictivos en la ley penal y los recursos administrativos y judiciales que tienen por objeto realizar las previsiones legislativas. BARATTA Alessandro "Principios de Derecho Penal Mínimo" Op cit p 313.

81. Este aspecto también presenta una dimensión dicotómica: en un primer lugar, se tutela al afectado por el delito, que es el más débil en la relación material del crimen, en contra del delincuente que es el más fuerte en esta relación, pero debe reconocerse, que la visión de víctima que se tiene es personalizada, y no mediatizada al interés estatal, se protege a la persona incluso, en aquellos bienes jurídicos colectivos que encuentran su razón únicamente en el peligro efectivo de bienes jurídicos del ser humano.

82. El fundamento Constitucional del principio de lesividad, es posible desentrañarlo a partir del artículo 2 Cn, que garantiza protección a determinados bienes vitales –vida, integridad física, integridad moral, libertad, seguridad, trabajo, propiedad y posesión, honor, intimidad personal y familiar – que no forma un catálogo cerrado, sino sólo enunciativo; pues bien, respecto de esos bienes vitales –y de otros– se erige una doble función de tutela, una respecto de los personas, en cuanto a las ofensas que hagan a dichos bienes jurídicos, mediante la conminación de normas penales, que elevan esos intereses a la categoría de bienes jurídico-penales; y otra respecto de las instituciones de poder del Estado, que también quedan obligadas, a respetar y preservar esos derechos, lo cual se hace mediante la confección de normas penales, que no sean irrazonables ni excesivas, de ahí que las restricciones

nuclear⁸³ que tiene su raigambre más clásico, en la separación que debe mediar entre derecho penal y moral, expresándose bajo el apotegma latino *Nullum crimen nulla poena sine inuria*, a partir del cual, se reconocen por lo menos dos garantías fundamentales, que son complementarias, la primera alude a la protección de los bienes jurídicos como justificación del delito, la restante trata de legitimar el castigo, únicamente ante conductas lesivas.

En cuanto a la primera de las mencionadas, ella está sustentada en la exigencia que, la construcción de conductas delictivas, es legítima siempre que el tipo penal, este sustentado sobre la tutela de bienes jurídicos relevantes para el derecho penal⁸⁴ con lo cual se indica, que la tipificación de conductas, que no resguarden bienes jurídicos, afectan la dimensión del principio de lesividad, el cual está estrechamente vinculado, a los principios de fragmentariedad y subsidiariedad del derecho penal, que lo circunscriben a la última forma de intervención⁸⁵ de ahí que, no todos los bienes jurídicos deben ser protegido por el derecho penal, y aun cuando el interés jurídico de protección sea valioso, éste no puede ser tutelado de todas las formas de ataque, sino únicamente de aquellas que por su forma más intensa, representen ataques intolerables respecto de la protección de los bienes jurídicos, en suma un tipo penal, sin el sustrato del bien jurídico, es ilegítimo desde el orden constitucional, el derecho penal democrático debe respetar el principio de lesividad⁸⁶.

La restante dimensión del principio de lesividad, está orientada ya al aspecto de punición, y desde este ámbito, la mera infracción normativa no supone ya la concurrencia de un injusto penal, de ahí que, no es viable imponer penas o medidas de seguridad, cuando la conducta transgresora de una norma jurídico penal, ni siquiera ha puesto en riesgo al objeto de protección⁸⁷, con lo cual el merecimiento penal se encuentra condicionado por la puesta en peligro del objeto de tutela penal.

En este contexto, debe manejarse, la reforma que sufriera el artículo en comento, al cual le fue suprimida la connotación del peligro efectivo, quedando únicamente la exigencia de lesión o puesta en peligro de un bien jurídico, en este aspecto, priva siempre la noción de antijuridicidad material, que implica que el hecho es anti-

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

83. Así, NESTLER Cornelius "El principio de protección de bienes jurídicos y la punibilidad de la posesión de armas de fuego y de sustancias estupefacientes". Traducción de Guillermo Benloch Petit en *La Insostenible Situación del Derecho Penal*. Editorial. Comares. Granada. España. 1999 p 64.
84. Ver CADAVID QUINTERO Alfonso "Introducción a la Teoría del Delito". Especial consideración a los fundamentos del delito imprudente. Editorial DIKE. Medellín. Colombia. 1998 p 42.
85. KAYBER Marijon "Sobre el potencial incriminador de los principios limitadores del derecho penal. Competencias penales en las cuestiones del aborto. Traducción de Ramón Ragués I. Vallés en *La Insostenible Situación del Derecho Penal*. Editorial. Comares. Granada. España. 1999 p 150.
86. DALL'ANESE Francisco, FERNÁNDEZ Rosario, GATGENS Erick "Omisión impropia". Editorial Jurídica Continental. San José. Costa Rica. 2001 p 60.
87. Es por ello que, el principio de lesividad no sólo se colma con el desvalor de acción, sino que se requiere también la concurrencia del desvalor de resultado por lo menos en grado de peligro, es por ello que, en un derecho penal democrático, la mera infidelidad normativa no puede ser el fundamento de la punición, aunque ello signifique un desvalor ético de la conducta, éste –ciertamente– es importante, pero esta complementado por la vigencia de lesividad de los bienes jurídicos; claro ejemplo de ello, es la punibilidad del denominado delito imposible.

jurídico no sólo porque sea contrario a un precepto penal, sino porque además también lo pone en peligro, con lo cual debe sostenerse, que si la conducta exteriorizada, ni siquiera genera un riesgo aun de peligro, no concurre un ilícito jurídico penal, por cuanto la punición de la conducta requiere de un derecho penal orientado democráticamente que tienda a la protección de bienes jurídicos y no a la tutela de meras funciones⁸⁸.

H. La reforma al principio de responsabilidad

También en lo relativo al principio de responsabilidad, se generó una reforma, básicamente orientada a clarificar la cuestión de la causalidad, y su relación con la prohibición de responsabilidad objetiva⁸⁹, lo anterior permite generar una concreción en cuanto a las formas de imputación, puesto que exige la concurrencia de un elemento valorativo que trasciende la causalidad, sin perder de vista la exigencia siempre de la cuestión de imputación subjetiva, puesto que ella, es esencial en la exigencia del principio de responsabilidad⁹⁰.

Otra cuestión relevante, que se deriva del supuesto normativo, es la vinculación de la causalidad, en este caso derivada de la composición: “el resultado material a la que está unido causal o normativamente el hecho realizado por el sujeto”. Atañe este tópico, a un tema nada pacífico, que se construye sobre el nexo de causalidad en el delito. Parece indicarse de la construcción normativa, dos formas de causa-

88. MOCCIA Sergio “De la tutela de bienes a la tutela de funciones. Op cit p 119.

89. Se pretende por el legiferante, dar una denominación de responsabilidad objetiva, para la intelección de la misma, el referente debe de ser el principio de culpabilidad, porque es a partir de éste, que queda proscrita todo tipo de responsabilidad objetiva, y ello se corresponde no sólo con las conductas dolosas, sino también con las conductas culposas, ambas quedan amparadas por la exigencia, de que las acciones u omisiones sean cometidas, o bien dolosamente o bien culposamente, ninguna de ellas queda excluida del axioma, por ende queda prohibida “toda forma de responsabilidad objetiva”; es decir, cualquiera sea la forma en que se manifieste la responsabilidad por el resultado, sin atender a los ámbitos de imputación subjetiva, la misma esta desterrada del derecho penal, puesto que la garantía de culpabilidad –es bueno aquí recordarlo– asume rango constitucional.

90. La referencia hecha es necesaria, para dotar de comprensión la conceptualización de responsabilidad objetiva. Si se examina con escrupulo, se notará que la misma se hace descansar, en cuanto a la exclusión de responsabilidad objetiva, sobre un único elemento la “dirección de la voluntad”; empero, este elemento sólo es predicable del dolo, pero no de la culpa, puesto que la conducta dolosa, requiere además del conocimiento, la concurrencia del elemento volitivo, este último falta de manera total en la culpa, en la cual, si bien puede haber conocimiento del hecho fáctico, cuando la imprudencia es representada, carece y se diferencia del dolo precisamente, por la falta del elemento conativo. De ahí que, la imprecisión dogmática en este punto, podría hacer pensar que la exclusión de responsabilidad objetiva, exclusivamente está dispuesta, para los hechos cometidos dolosamente, pero no para los imprudentes. Sin embargo ello no es así, como ya lo expresamos, la garantía del exigencia de dolo o culpa, enerva la atribución subjetiva a las personas, si las conductas no han sido realizadas con dichas modalidades, aun cuando concurren daños a bienes jurídicos, al menos tiene que haber culpa de parte del sujeto que causa con su acción u omisión esa lesividad; sino puede imputarse ni siquiera culpa, la conducta no es típica, y no puede haber imposición de ninguna consecuencia jurídica del delito, por lo que no procede imposición de pena o medida de seguridad. Por tanto, la propuesta de interpretación en este caso debe ser restrictiva, integrando por ello el núcleo de la garantía del principio *nulla poena sine culpa*, y aunque la adición se refiere a la dirección de la voluntad, ello no excluye el elemento cognoscitivo, y por ende la imprudencia; y aquí debe agregarse, que la extensión del principio de culpabilidad no sólo está referida a la llamada culpa representada, sino que también se exhiba, hacia la culpa inconsciente, de tal manera que, ni de esta forma de la “imprudencia”, puede predicarse responsabilidad objetiva, ello significa que en esta clase de culpa, únicamente puede imputarse el resultado cuando este era previsible y no se previó, por concurrir una conducta violadora del deber de cuidado; de ahí que en el derecho penal de la culpabilidad, toda manifestación de responsabilidad objetiva esta proscrita.

lidad, una de ellas propiamente ontológica y otra de índole valorativa. La cuestión es álgida, por el tema polémico de la imputación objetiva, La exigencia de una causalidad naturalista, es un punto indiscutible incluso para los que se manejan en el ámbito de la imputación objetiva, digámoslo así, la premisa básica de la imputación del resultado a la conducta parte de este dimensión de lo fáctico, a lo cual habrá de añadirse una consideración valorativa del nexo de causalidad.

I. El incremento de la pena privativa de libertad y la forma de régimen de aislamiento

Lo relevante del cambio de la función de la pena, está centrado en la modificación –mediante reforma– de la que ha adolecido el precepto, por la cual se establecen dos situaciones relevantes: 1) la modificación de la duración de la pena de prisión –aspecto cualitativo de la pena– que se ha intensificado hasta el límite de los 75 años de prisión⁹¹; 2) la forma de cumplimiento de la pena de prisión en cuanto a su ejecución –aspecto cualitativo de la pena– que impone una forma de régimen especial de cumplimiento en celda o pabellón especial de aislados por un monto no menor al diez por ciento de la condena⁹². Establecido este punto es procedente examinar la conformidad de tales modificaciones normativas en el precepto con los principios constitucionales que rigen en materia penal, iniciando por la cuestión del aumento de la pena de prisión hasta setenta y cinco años de prisión.

El aumento de largo alcance de la pena de prisión. Ciertamente en materia de penas el legisferante goza de un amplio poder de configuración, es decir que en principio tiene unos potestades bastante laxas para determinar las penas que han de asociarse a los delitos, sin embargo como todo poder en una democracia –El Salvador es un República Democrática art. 85 Cn– el mismo se encuentra limitado, tales confines al legislador, le están impuestos por la Constitución, merced a todos los principios, derechos fundamentales, libertades y garantías que se establecen de la misma, los cuales no pueden ser alterados mediante –así lo indica el artículo 246

91. Si es oportuno aquí indicar que la norma en cuestión en relación también al artículo 71 del Código Penal, ha tenido dos pronunciamientos de constitucionalidad, el primero de ellos, fue desestimativo, con lo cual, la pena de prisión con límite hasta setenta y cinco años paso a tener visado de constitucionalidad –Sentencia de la Sala de lo Constitucional de las ocho horas y treinta minutos del veinticinco de marzo de dos mil ocho–; posteriormente otra acertada –e interesante– sentencia del Tribunal constitucional con diferente integración por fin, declaraba contraria a la constitución la pena de prisión con límite de setenta y cinco años de reclusión –Sentencia de la Sala de lo Constitucional de las nueve horas con cincuenta minutos del veintitrés de diciembre de dos mil diez–. La reforma actual del límite de prisión realizada por exigencia de la sentencia precitada, fija la pena máxima en sesenta años de prisión. Decreto Legislativo Número 1009 publicado en el Diario Oficial Número 58 del Tomo Número 394 de fecha veintitrés de marzo de dos mil doce.

92. Quizá conviene indicar desde ya, que como se trata de penas que por su incremento en la restricción de derechos fundamentales de las personas de los justiciables, son desfavorables, para ellas rige de manera absoluta tanto en el quantum de la pena –los setenta y cinco años– como en el tratamiento –régimen especial de aislamiento– el principio de irretroactividad de la ley penal, mismo que está fundado en el art. 21 Cn, en el art. 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 9 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, 1, 13 y 14 CP, y 1 Ley Penitenciaria; por lo que tales restricciones en cuanto pena no pueden ser aplicadas de manera retroactiva a hechos sucedidos con anterioridad a la vigencia de la reforma, de hacerse significaría una clarísima aplicación retroactiva de ley penal desfavorable, afectando el principio de irretroactividad de ley penal.

Cn– las leyes que regulen su ejercicio, estableciéndose la primacía de la Constitución como norma respecto de las leyes y reglamentos⁹³.

De la pena, se han esbozado ya dos principios que son pilares en la construcción normativa de la misma, uno se corresponde al principio de dignidad humana; el otro al principio de proporcionalidad de la pena; de ambos dimana el principio de rehabilitación o resocialización de la pena. Que las penas sean proporcionadas y que estén construidas sobre la finalidad esencial de la readaptación de la persona del delincuente, sólo puede obedecer al principio de dignidad de la persona humana, por cuanto el artículo 1 Cn declara que: “El Salvador reconoce a la persona humana como el origen y el fin de la actividad del Estado...”⁹⁴ por lo que las penas indeterminadas se encuentran proscritas, y en el sentido de indeterminadas las penas con vocación de penas perpetuas⁹⁵.

Precisamente las penas perpetuas se fundamentan en una culpabilidad imperecedera, por lo cual la pena de prisión también es perenne, sin tener una limitación de cumplimiento, más que la propia vida⁹⁶, de ahí que la pena perpetua desde

93. Que la Constitución no es un orden normativo que pueda ser modificada por los poderes normativos del legiferante lo ha determinado la Sala Constitucional con precisa cita parafraseada –en atención a la Jerarquía de la Constitución y su fuerza normativa– del Juez Marshall por la cual se consideró: “La Constitución es o bien una ley suprema, inmodificable por medios ordinarios, o bien está situada al mismo nivel de los actos legislativos ordinarios y, al igual que otras leyes, es modificable cuando la legislatura quiera modificarla (...). Si la primera parte de la alternativa es exacta, entonces un acto legislativo contrario a la Constitución no es ley; si la última parte es exacta, entonces las constituciones escritas son tentativas absurdas, por parte del pueblo, de limitar un poder, que es ilimitable por su propia naturaleza” (Sentencia de Inconstitucionalidad de los artículos 2 incisos 2° y 4°, 4, 6, 12, 14 inciso 1°, 15 y 22 de la Ley Transitoria contra la Delincuencia y el Crimen Organizado, p 71). Es posible entonces adelantar que el legislador no obstante ese amplio poder de configuración penal, tiene que respetar límites que le ha impuesto la misma Constitución, los cuales no puede rebasar, sino mediante violación de las normas constitucionales.

94. Obviamente por el principio de igualdad que establece la Constitución en el artículo 3 y que está estrechamente vinculado al principio de *dignitas* las personas de los delincuentes –cualquiera que sea el hecho cometido– están incluidos dentro de este reconocimiento primado de centralidad de la persona humana; ese respeto por la dignidad de la persona debe estar reflejado –de manera más categórica– en la cuestión punitiva.

95. De ahí que todo el proemio que establece el artículo 27 Constitución respecto de la prohibición de cierta clase de penas, es en atención a la dignidad personal del ser humano, estas proscipciones de pena no son *numerus clausus* en el sentido que únicamente ellas se encuentran comprendidas, puesto que se trata de norma que por su naturaleza son indeterminadas con lo cual –entendiendo– toda clase de penas similares a las mismas en cuanto a su intensidad quedan comprendidas en la interdicción de configuración penal. En el mismo sentido, los fines de readaptación que el constituyente confirió al lugar donde se ejecuta la pena de prisión, son los mismo fines de la pena, puesto que de lo contrario se incurriría en un sustancial averroísmo, estas finalidades sólo resultan satisfactoriamente explicadas, si se entiende que aun en materia punitiva el primado de los principios, reside en la dignidad personal del ser humano, es por ello que la finalidad de la pena no es de inocuización o de sufrimientos deletéreos para el ser humano –más allá de la propia aflictividad de la pena de prisión– sino una oferta de rehabilitación, la cual la misma norma primaria prescribe cuando indica: “[...] *procurando su readaptación*[...]”.

96. Pero para que una pena sea perpetua, no es necesario que lleve ese epigrafe, tal criterio sólo estaría referido a una concepción formalista de la pena, de ahí que el criterio que debe examinarse es el criterio material, por el cual penas perpetuas son aquellas que por su larga duración, confinan de por vida –aunque expresamente no lo digan– a las personas en la prisión, estas también de manera larvada se sostienen en una culpabilidad de orden perpetuo, afrontando gravemente la dignidad humana. Las penas perpetuas expresas o tacitas –penas de amplio espectro– están proscritas por la Constitución, en el artículo 27 que dice “Se prohíbe la prisión por deudas, las penas perpetuas...”; la prohibición de penas sempiternas, supone también un reconocimiento del principio de culpabilidad, por cuanto la culpabilidad, no se predica *perseculorum*, además en penas de largo alcance el principio de resocialización es una quimera, por cuanto pierde completamente su fines utilitarios, vaciándolo completamente de contenido, es decir alterando su núcleo esencial, y con ello afectando la esencia de la humanidad del ser humano, en cuanto dicha pena se torna inhumana, por cuanto ya no representa una

una perspectiva meramente formal no tendrá limitación, es pena total, desde esta visión la rehabilitación no tiene ningún sentido, es por ello que la pena de prisión perpetua se sustenta en criterios de prevención especial negativa la inocuidad del ser humano, su segregación total del cuerpo social; además de asentarse en claros fines preventivos generales negativos radicales, la ejemplarización para los demás en grado sumo, dichos fines son totalmente contrarios a los principios de resocialización de la pena –art 27 Cn– así como al principio de dignidad humana, por cuanto una prevención negativa de tal alcance, afecta el núcleo esencial de la persona al instrumentalizarla al grado de tratarla de objeto de futura expiación para los demás⁹⁷.

El aislamiento en prisión como modalidad de pena. Ahora conviene examinar el aspecto cualitativo de la pena, que es tan importante como la dosimetría de la sanción penal. La cualificación de la sanción penal esta también supeditada de manera estricta al principio de legalidad, por cuanto el régimen penitenciario, es la forma en la cual se restringen los derechos fundamentales del privado de libertad que cumple una pena de prisión; de ahí que en este ámbito es falaz la idea, de que impera la discrecionalidad –que raya en arbitrariedad– por ser un sector de “naturaleza administrativa”, cuando es todo lo contrario la ejecución de la pena está supeditada a la estricta legalidad⁹⁸; pero además se encuentra cubierta por los principios de dignidad humana, de proporcionalidad, en tal sentido, la pena en la forma en la cual se vaya a ejecutar, no debe alterar estos principios.

En virtud de la protección de este aspecto de la pena, es que se prohíbe que las penas tengan un carácter infamantes o tormentoso, ello porque cualquier forma de ejecución de la pena que alcance estos niveles de manera similar, significara una pena cruel y por ende inhumana⁹⁹; la pena por si misma genera afflictividad en

restricción al derecho de libertad, sino su aniquilamiento, lo cual le está prohibido al Estado, por ello resulta también afectado el principio de proporcionalidad de las penas que en el derecho penal se sustenta en la prohibición de exceso, por lo cual el legisferante únicamente puede adoptar penas proporcionadas.

97. El alcance de una pena como la adoptada por la reforma, que es de setenta y cinco años de prisión, constituye una pena de amplio espectro en los términos aludidos, es decir es una pena desproporcionada; setenta y cinco años de prisión son desde la visión material de la pena, una prisión perpetua tacita, ello constituye un fraude a la Constitución que prohíbe tal especie de penas, con lo cual quedan conculcados, el principio de dignidad humana, el principio de culpabilidad, el principio de proporcionalidad, el principio de resocialización, la afectación de dichos principios constitucionales puede ser contralada de manera más inmediata por medio del control difuso de la constitucionalidad que impone el art. 185 Cn.
98. MONCLÚS MASÓ Marta “Las garantías jurisdiccionales en la fase ejecutiva del proceso penal. Una perspectiva histórico-comparada en Garantías Penales y Procesales. Enfoque histórico-comparado. Edmundo S. Hendler comp. Editores del Puerto. Buenos Aires. Argentina. 2001 p 153.
99. El aislamiento como forma de pena genera graves males psíquicos, por ello es que su prohibición a nivel de tratados se encuentra regulada en el ámbito de la integridad personal, la persona no solo debe ser indemne físicamente sino que también psíquicamente, aspecto que se ve afectado de manera sustancial mediante los sistemas de aislamiento; por ende se trata de una pena cruel, que al generar un sufrimiento –que no sólo es físico sino moral– desmedido se torna en una pena tormentosa, de ahí que la pena en aislamiento sea de carácter inhumano, puesto que atenta contra el principio de dignidad de la persona. Dichas penas entre nosotros además están proscritas de manera aún más específica por cuanto El Salvador es suscriptor de la Convención Interamericana para prevenir y sancionar la tortura (ratificado el 2 de Febrero de 1994, publicado en el Diario Oficial Número 127 Tomo 324 del 8 de junio de 1994) de la cual conviene transcribir lo siguiente: “Los Estados Americanos signatarios de la presente Convención. Conscientes de lo dispuesto en la Convención Americana sobre Derechos Humanos en el sentido de que nadie debe ser sometido a tortura ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. Reafirmando que todo acto de tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanos o

cuanto privación de derechos, este contenido aflictivo en tanto se mantenga en los límites de la razonabilidad, se vuelve consustancial a la pena y no se considera un trato cruel o inhumano¹⁰⁰.

El aislamiento es una forma de pena degradante, porque el hombre es un ser social, aislarlo humilla su condición de ser humano, la envilece, puesto que reduce al hombre a una situación de confinamiento a-social, restándole a su persona rasgos esenciales de su humanidad, pero además es una pena cruel, por cuanto la situación de reclusión solitaria, genera en la persona –por su misma condición de ser social– una mayor carga de aflictividad y de sufrimiento, es obvio que penas de esa especie son inhumanas. De hecho el aislamiento –fuera de su visión eclesial– se fundamenta en las teorías de la expiación y del escarmiento, por una parte se pretendía causar el máximo de dolor por el hecho cometido bajo el principio de la retorcación; pero además se tenía como finalidad una pena completamente ejemplarizante respecto de los demás que podían constatar, cual es el tratamiento que se da a los “delincuentes”.

La dignidad de la persona humana, impide imponerle penas de carácter cruel e inhumanas, el aislamiento personal es una de las penas que más destacan estas características, es por ello, que la modificación al artículo en comento, en el sentido de insertar un régimen especial de pena consistente en el aislamiento, es una norma ostensiblemente violatoria del principio de dignidad humana y de los derechos de libertad e integridad corporal que reconoce la Constitución en los arts. 1 y 2; esta forma de pena es notoriamente desproporcionada, por cuanto el aislamiento anula la finalidad de la pena que es la readaptación, con ello la medida de política penal es inidónea; la necesidad del tal restricción para garantizar los bienes jurídicos, fin de la pena y del derecho penal es ineficaz, por cuanto la medida que se adopta es la más lesiva –prisión en la prisión– cuando la pena de prisión ya es una limitación suficiente; por último es una medida irrazonable, que afecta el núcleo esencial de los derechos de libertad e integridad corporal del justiciable, tanto en su imposición como en su ejecución¹⁰¹.

degradantes, constituyen una ofensa a la dignidad humana y una negación de los principios consagrados en la Carta de la Organización de los Estados Americanos y en la Carta de las Naciones Unidas y son violatorios de los derechos humanos y libertades fundamentales proclamados en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y en la Declaración Universal de los Derechos Humanos... Reiterando su propósito de consolidar en este continente las condiciones que permitan el reconocimiento y respeto de la dignidad inherente a la persona humana y aseguren el ejercicio pleno de sus libertades y derechos fundamentales. Han convenido en lo siguiente: Artículo. 1 Los Estados Partes se obligan a prevenir y sancionar la tortura en los términos de la presente convención. Artículo 2. Para los efectos de la presente Convención se entenderá por tortura, todo acto realizado intencionalmente por el cual se inflijan a una persona penas o sufrimientos físicos o mentales, con fines de investigación criminal, como medio intimidatorio, como castigo personal, como medida preventiva, como pena o con cualquier otro fin”.

100. Pero aquellas penas que generen un sufrimiento desmedido en la persona por fuera de la misma privación de libertad se constituyen en penas tormentosas o crueles, ambas de carácter inhumano. Es oportuno hacer notar que tanto el Pacto Internacional de derechos Civiles y Políticos como la Convención América sobre Derechos Humanos prohíben penas crueles, inhumanas o degradantes. Así el artículo 7 del Pacto reza: Nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes”. El artículo 5.1 de la Convención estatuye que: “Nadie debe ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes”.

101. La norma del precepto es una norma incompleta por ello es que se integra con la remisión que hace a otra fuente normativa, lo cual se establece cuando dice: “En los casos previstos por la ley el cumplimiento de la pena será en

III. La Reforma Penal en la Parte Especial del Derecho Penal

J. Reformas respecto a la tutela de la vida e integridad de las personas. Homicidio, Lesiones, Conductas delictivas de peligro y Femicidio

Debe señalarse, que las reformas en relación a la protección del bien jurídico vida, han girado en torno a ámbitos de tutela en cuanto a las formas de homicidio, sobre todo respecto a la figura agravada del homicidio, y al aumento de las penas, pero también se han extendido a la protección de los delitos de lesiones, cubriendo hasta algunas formas de criminalización en estado de peligro, mediante las formas del disparo de armas de fuego y la conducción temeraria, no se abordaran aquí todas las cuestiones propias de tales formas de incriminación penal, sino que sólo se resaltarán algunos aspectos problemáticos, englobando las reformas atinentes a la protección de la vida, la integridad personal, y las formas de peligro, y comentando por separado, la incriminación de la muerte de mujeres como femicidio.

Sobre el homicidio, lesiones e incriminaciones de peligro. La reforma por los delitos que atentan contra la vida ha sido muy activa, pero estéril a la vez, y ha generado más confusiones que aclaraciones sobre la forma de aplicación del tipo agravado de homicidio; de manera tradicional en nuestro país, se había mantenido la división entre homicidio, homicidio agravado y asesinato, reservando para esta última forma de atentar contra la vida, las penas más severas, por cuanto la forma de ofensividad respecto del objeto de tutela era mayor. En el código penal de mil novecientos noventa y seis, se cambió la clasificación respecto del homicidio, puesto que el asesinato, al menos explícitamente no se consagró bajo esa forma de especial modalidad, aunque la división del homicidio agravado, en una forma más grave que otra, sancionado con una pena mayor en las tradicionales formas de gravedad –homicidio entre parientes, el *criminis causa*, con alevosía o premeditación, con ensañamiento, por sicariato– y con una menor pena a las restantes formas agravadas.

Sin embargo los vaivenes legislativos de carácter reactivo, fueron generando una modificación del reproche penal, en cuanto a la distinción de los supuestos de agravantes y al contenido de los mismos, en una primera reforma, se agregó una nueva causal de agravante especial, sustentada en matar a una persona que ostenta un cargo de autoridad del Estado –entre funcionario o autoridad pública o agente de autoridad– siempre que se haga en el ejercicio de sus funciones o con ocasión de ellas, y se integró tal causal a la penalidad de veinte a veinticinco años de prisión¹⁰².

una celda o pabellón especial de aislados...”. Ese reenvió encuentra su complemento en dos preceptos legales: 1) el artículo 103 de la Ley Penitenciaria que establece el cumplimiento de la pena de prisión cuando se imponga bajo un régimen especial de aislamiento; añadiendo otras restricciones a derechos y libertades de los reos, las cuales también afectan de manera palmaria principios, derechos y libertades constitucionales, por lo que dicho artículo 103 que completa por reenvió el artículo 45 N° 1 CP también –en mi opinión– trasgrede la Constitución.

102. Decreto Legislativo N° 378 publicado en el Diario Oficial N° 156 Tomo 340 del veinticinco de agosto de mil novecientos noventa y ocho.

La otra reforma, modificó el supuesto segundo relativo al homicidio *criminis causa*, agregando una serie de formas delictiva como causas del homicidio, así el secuestro, la violación y agresión sexual, y la finalidad de matar para asegurar, su realización o sus resultados o para generar impunidad; se generó la modificación del supuesto tercero, generando una importante disfunción puesto a la causa de alevosía y premeditación se agregó la causal de abuso de superioridad que era una circunstancia agravante general, pasando en este caso a ser especial, con la problemática de diferencias entre alevosía y abuso de superioridad, pero además siendo ambas diferentes, se homogenizan con una misma pena; y además se estableció un sistema tripartito de pena, distinguiendo entre una pena de veinte a veinticinco años, otra de veinticinco a treinta años, y una última de treinta a treinta y cinco años¹⁰³, la reforma sólo refería la pena en años, sin indicar el tipo pena, cuestión que es problemática¹⁰⁴. La siguiente reforma se dirigió a corregir el aspecto de la pena, añadiendo ya la pena de prisión, siempre ampliando el catálogo de los mismas formas criminales en el homicidio con crimen de causa de origen, y unificando en su solo desvalor, la alevosía, premeditación y abuso de superioridad¹⁰⁵.

En la siguiente reforma, el artículo 129 del Código Penal, sufrió una importante modificación –disfuncional a nuestro juicio– en el sentido que nuevamente fue objeto de reforma el supuesto de homicidio por causa criminal, ampliando más el supuesto comprensivo a otras conductas, algunas de ellas, con poco sentido de aplicación en cuanto al destino medial del homicidio, inclusive con referencia de reenvío de bloque¹⁰⁶; pero además de manera importante –y con ningún sentido de proporción– la pena resultó unificada en su gravedad para todos los supuestos, siendo la misma con un incremento notable de su duración que se extendió hasta los cincuenta años de prisión.

La siguiente reforma ha obedecido a una exigencia de adecuación constitucional, puesto que habiéndose pronunciado la Sala de lo Constitucional sobre las penas excesivas, se consideró en la Asamblea Legislativa, generar una reforma sobre la duración de la pena de prisión en delito de homicidio, pero ello únicamente alcanzo una de las formas de gravedad, así, se mantuvo el rango de cincuenta

103. La reforma se implementó por Decreto Legislativo Número 703, publicado en el Diario Oficial N° 183 Tomo 345 del cuatro de Octubre de 1999.

104. Sobre tales problemas que son propiamente atinentes al principio de legalidad, en una situación similar en la cual se hacía alusión a años sin determinar la clase de pena ver MORA MORA Luis Paulino, NAVARRO SOLANO Sonia “Constitución y Derecho Penal”. Corte Suprema de Justicia. Escuela Judicial. San José. Costa Rica. 1995. P 67 y ss.

105. Reforma realizada mediante Decreto Legislativo 740 publicado en el Diario Oficial N° 223 Tomo 345 del treinta de noviembre de 1999.

106. El supuesto dice en lo pertinente: “[...] Cuando el homicidio ocurriere para preparar, facilitar, consumir u ocultar los delitos de secuestro, violación, agresión sexual, robo, extorsión, actos de terrorismo, asociaciones ilícitas, comercio ilegal y depósito de armas, contrabando, lavado de dinero, y activos, y los comprendidos en el Capítulo II de este Código relativo a los delitos de la corrupción y Capítulo IV de la Ley Reguladora de las Actividades Relativas a las Drogas o para asegurar los resultados de cualquiera de ellos, o la impunidad para el autor, o para sus cómplices o por no haber logrado la finalidad perseguida al intentar cualesquiera de los delitos mencionados”. Decreto Legislativo Número 486 publicado en el Diario Oficial N° 144 del Tomo 352 del 31 de julio de 2001.

años de prisión, únicamente en una escala de gravedad, y se volvió prudentemente al sistema de diferenciación de la gravedad de la conducta, distinguiéndose nuevamente los rangos de pena, en el sentido que para los supuestos de alevosía, premeditación, abuso de superioridad, de uso de veneno o medios insidiosos y por motivos abyecto o fútiles, la pena oscila entre los veinte a treinta años de prisión y para los demás supuestos la pena va de treinta a cincuenta años de prisión¹⁰⁷.

La reducción de la gravedad en las lesiones. En relación al delito de lesiones, el cual tutela la integridad personal, la reforma penal ha reducido el periodo de extensión de las lesiones en un sentido bastante importante, puesto que antes de la modificación, sólo podía constituir delito de lesiones simples aquéllas en las cuales el tiempo de curación de las mismas se extendiera de un periodo de diez a veinte días, la reforma modificó tal aspecto, teniéndose ahora como parámetro de curación de las lesiones el tiempo de cinco a veinte días, aunque siempre se requiere que el daño causado en la salud, genere incapacidad para atender las ocupaciones ordinarias por el periodo señalado, siendo necesaria la asistencia médica o quirúrgica, la disminución en todo caso, es de cinco días, con lo cual se avanza en un ámbito de mayor punibilidad, generando en consecuencia que la falta de lesiones y golpes, presenten una especie de contracción en el ámbito de su lesividad¹⁰⁸, ello supone una intervención desmedida de acuerdo al principio de intervención mínima del derecho penal.

En cuanto a los delitos de peligro, debe señalarse que la creación legislativa respecto del delito de conducción temeraria, salvo algunos aspectos meramente dogmáticos, ha sido bastante afortunada, puesto que generó una incriminación de peligro concreto, en la cual, no solo se satisface el tipo penal, con la circunstancia de la situación típica, que incrimina las distintas modalidades de temeridad en la conducción de vehículos automotores, siendo una conducta dolosa pero de peligro, en la cual, precisamente el dolo sólo abarca la situación de temeridad, pero no necesariamente los resultados lesivos que se derivan de ella, el tipo penal, exige la puesta en riesgo concreto mediante la exigencia del tipo penal, de poner “[...] en peligro la vida o la integridad física de las personas”. La conducción temeraria tiene una remisión específica respecto de las circunstancias significativas de lo que habrá de entenderse por conducción en supuesto de temeridad, de tal manera que el catálogo, es cerrado y no puede extenderse desmedidamente hacia las infracciones administrativas que califican la conducción temeraria de vehículos –art. 172 del Reglamento General de Tránsito y Seguridad Vial– sino que quedan circunscritos al supuesto de hecho legal que los define, lo cual, genera efectos importantes, por ejemplo en cuanto al consumo de sustancias alcohólicas, el elemento esencial, es la ebriedad y no la mera ingesta del alcohol, y dicha ebriedad según el tipo penal, debe generar limitación en la capacidad de conducir; la pena que tiene señalada el

107. Decreto Legislativo Número 1009 publicado en el Diario Oficial Número 58 del Tomo Número 394 de fecha veintitrés de marzo de dos mil doce.

108. La reforma abarco el delito de lesiones, y la falta de lesiones y golpes, y aconteció mediante Decreto Legislativo N° 93 publicado en el Diario Oficial N° 187 del Tomo 373 del nueve de octubre de dos mil seis.

delito es razonable, puesto que sanciona con prisión de uno a tres años e inhabilitación por el mismo tiempo para el derecho de conducir vehículos automotores¹⁰⁹.

Sin embargo, una nueva reforma penal en materia de conducción temeraria de vehículos ha dado un giro importante a la configuración del tipo penal, a su merecimiento, a la expresión de la lesividad de la conducta y a las consecuencias jurídicas que se determinan para esta nueva clase de delito. En efecto, el Decreto Legislativo Número 731 del nueve de mayo de dos mil trece determinó la configuración de una nueva prescripción delictiva la de “Conducción peligrosa de vehículos automotores”, la cual se caracteriza fundamentalmente por ser un tipo de peligro abstracto y no concreto, como lo era el delito anterior de conducción temeraria.

La norma penal resulta bastante *sui generis* en el sentido de primero exigir un resultado de peligro, que posteriormente se matizara en peligros de sentido hipotético, configurándose una perspectiva anterior de la realidad del peligro sobre la base del desarrollo de una conducta riesgosa, que se estima en sede del tipo penal como de peligro suficiente –aunque ello habrá que matizarlo con el principio de lesividad material–. Un primer aspecto derivado del inciso primero del artículo 147-E del Código Penal, es que la conducción peligrosa no atañe a cualquier transgresión de la normativa de seguridad vial, sino únicamente a la que se ha estimado de sentido peligroso.

Para explicar lo anterior, debe señalarse que la interpretación del supuesto primero del artículo en comento –El que mediante conducción peligrosa de vehículo de motor transgrediere las normas de seguridad vial [...]– debe realizarse en íntima vinculación con el supuesto normativo del inciso segundo, que es utilizado como significación concreta de lo que es una conducción peligrosa la cual se ciñe a estas modalidades concretas: a) el disputarse la vía entre vehículos; b) el realizar competencias de velocidad en la vía pública sin el permiso de la autoridad competente; c) el manejar vehículos de motor en estado de ebriedad según el límite fijado reglamentariamente o bajo los efectos de las drogas.

El cambio más notorio, es el realizado sobre la base de la conducción de vehículos de motor, según el parámetro de ebriedad reglamentaria, con lo cual, se hace por una parte una remisión en blanco de la ley penal a normas reglamentarias; y al no exigirse un peligro concreto, sino únicamente el parámetro de ebriedad por concentración alcohólica en sangre se determina una forma de expresión de peligro hipotético sobre la base de que conducir vehículos de motor rebasando el límite legal permitido de alcohol en sangre, y por ende con una ebriedad predefinida reglamentariamente se realiza una conducta de peligro; debe añadirse entonces que sobre la ebriedad como parámetro legal de concentración de alcohol en sangre debe concurrir certeza, por lo cual la prueba de alcoholemia, se vuelve esencial –entre otras–.

109. Decreto Legislativo N° 393 publicado en el Diario Oficial 143 Tomo 364 del treinta de julio de 2004.

Por último, también se crearon como delitos de tutela de peligro contra la vida, el disparo de arma de fuego, una tipificación ya existente en nuestro país en el código penal anterior, que originalmente no fue comprendido como delito mediante el código penal de 1996, pero cuya reforma se estimó necesaria, y se realizó mediante la creación del artículo 147-A el tipo penal, es de una naturaleza de resultado de peligro, que criminaliza los disparos contra personas determinadas, sin intención homicida, es decir, lo que la doctrina califica tradicionalmente como disparos admonitorios, y para dar un sentido significativo, al aspecto problemático del ámbito subjetivo, el inciso segundo regula el supuesto de que se causen lesiones a la persona mediante el disparo de arma, teniendo como punto de partida el *animus necandi* a menos que la poca gravedad de las lesiones determinen la no ocurrencia de aquél, en cuyo caso, se indica un concurso ideal, entre disparo y lesiones¹¹⁰.

El precepto señalado, fue objeto de una nueva reforma en la cual, esencialmente se criminalizó la conducta de hacer disparos con arma de fuego, en situación de poner en riesgo a las personas, tal forma delictiva tiene que ser realizada en lugar habitado, en vecindades, en la vía pública, o en sitio público frecuentado, con lo cual, acá, no se trata de disparar en contra de persona determinada, sino de hacer disparos en lugares habitados, lo cual supone un acto de peligro para la vida e integridad de las personas¹¹¹, en tal sentido, la configuración delictiva ha variado hacia una de mayor gravedad, aunque se mantiene en un parámetro racional de sanción penal¹¹².

La reforma sobre el Femicidio. El ímpetu de las propuestas de género en el ámbito de protección hacia las mujeres, ha provocado, la adopción –polémica en la doctrina penal no así en las corrientes feministas sobre todo en las radicales– de la figura del feminicidio o femicidio, en la cual se construye una forma especial de homicidio respecto de las mujeres, por razones estrictas de odio o menosprecio de la persona en razón de su condición de mujer, para la cual, se han construido legislativamente dos figuras, una de feminicidio simple, que como cualidad esencial, supera las penas del homicidio simple, no obstante estar desprovistas ambas de contenidos de mayor reproche respecto del injusto de merecimiento abstracto, y la otra es una figura agravada, que tiene asignada una pena más grave, pero que si es igual, para las penas que el homicidio agravado, determina para sus supuestos de mayor reproche¹¹³.

110. Decreto Legislativo N° 703 publicado en el Diario Oficial N° 183 Tomo 345 del cuatro de octubre de 1999.

111. El fenómeno que se quiere prevenir, son los llamados disparos perdidos, y heridas por proyectiles en declive, con lo cual, lo que antes era una conducta típica de una falta tipificada como Explosiones peligrosas artículo 378 número uno del Código Penal, ahora se encuentra derogado, y comprendido como un delito en la modalidad de disparo de arma de fuego.

112. Decreto Legislativo 883 publicado en el Diario Oficial N° 134 Tomo 356 del diecinueve de julio de 2002.

113. Las figuras se encuentran previstas en los artículos 45 –feminicidio– y 46 –feminicidio agravado– de la Ley Especial Integral para una Vida Libre de Violencia para las Mujeres. Decreto Legislativo N° 520 Publicado en el Diario Oficial N° 2 Tomo 390 del cuatro de enero de dos mil once.

Sobre el feminicidio desde una visión de política penal, debe indicarse que las visiones de una especial forma de homicidio en la mujer –desde la perspectiva más general del enfoque sexista– califican las muertes violentas de mujeres como un *continuum* de violencia que desborda el tradicional aspecto privado o interno,¹¹⁴ es decir la dinámica social o familiar usual; de ahí que independientemente de sus autores, el elemento común es el del odio hacia las mujeres, o en lenguaje tradicional de género, la misoginia¹¹⁵, es decir un homicidio por razones de odio, desprecio, placer, o sentido de dominación sobre la mujer¹¹⁶ siendo este el elemento esencial que determinara la tipicidad de la conducta, puesto que este tipo de muerte en la mujeres, solo debe ser adecuado, cuando concorra este aspecto del ánimo interno del sujeto activo.

Cuando se alude a femicidio, se indica la muerte violenta de las mujeres por el hecho de ser tales, o el asesinato de mujeres por razones asociadas a su género. El énfasis es sobre el elemento violencia y penalmente se vincula al homicidio y sus formas, digamos que éste es el uso restrictivo del concepto de femicidio¹¹⁷ no obstante, en nuestra legislación se ha adoptado, el concepto de mayor amplitud, el de feminicidio, y por disposición legal, habrá de enfocarse bajo este ámbito de consideración.

Respecto del concepto de feminicidio se ha indicado que el mismo además de incorporar el sustrato de violencia, agrega además el de odio y resulta más comprensivo por cuanto también se extiende a otros daños graves que se causan a las mujeres en ese contexto y que son de diversa entidad como físicos, psíquicos o sexuales, o inclusive indicando aspectos de impunidad en la investigación de esos hechos¹¹⁸, es decir el feminicidio en la literatura especializada no necesariamente se vincula al homicidio, aunque como se ha indicado también el feminicidio puede ser entendido desde un contenido restrictivo, vinculándolo si bien es cierto a hechos violentos por odio, haciéndolos discurrir hacia la figura de atentados contra la vida¹¹⁹ y ciertamente no obstante la amplitud que tal concepto tiene en los enfoques de género, en el ámbito penal, deberá vincularse a un sentido restrictivo, es decir a los atentados contra la vida de las mujeres por razones de odio o de menosprecio.

114. En tal sentido sobre esa forma tradicional de violencia AZPEITIA GARCÍA B. y MARTIN PALOMO T. “Las mujeres víctimas de la violencia de género. Manual de Intervención social. Comunidad de Madrid. Dirección General de la Mujer. Madrid. España. 2002 p 22.

115. Sobre ese aspecto LAGARDE Y DE LOS RÍOS Marcela “Marco conceptual y política sobre feminicidio” en Primer Seminario Regional sobre femicidio/feminicidio. El Derecho de las mujeres a una vida libre de violencia. San Salvador. Marzo 2007 p 57.

116. Sobre el particular RUSSELL Diana, RADFOR Jill “Femicidio”. La política del asesinato de mujeres. UNAM. México. 2006.

117. Informe Regional: Situación y análisis del femicidio en la región centroamericana. Organización Panamericana de la Salud. Programa Mujer, Salud y Desarrollo. San José. Costa Rica. 2000 p 11.

118. LAGARDE Y DE LOS RÍOS Marcela “Marco conceptual y política sobre feminicidio” Op. cit. P 43.

119. En tal sentido se ha enfoca el feminicidio como “el conjunto de hechos violentos misoginicos contra la mujer que implican la violencia de sus derechos humanos, atenta contra su seguridad pone en riesgo su vida”. Informe “Violencia Femenicida en la República Mexicana. de la Comisión Especial para conocer y dar seguimiento a las investigaciones relacionadas con los feminicidios en la república mexicana y a la procuración de justicia vinculada. Cámara de Diputados del Congreso LIX. 2006 Nota 17.

Si resulta importante indicar que es fundamental que las muertes ocasionadas a las mujeres a partir de su condición de tal, tengan una respuesta penal diferente –cuestión distinta es la forma que se adopte– ello es esencial desde la perspectiva de las exigencias del derecho internacional de los derechos humanos, por cuanto los Estados deben de asumir las medidas adecuadas para prevenir, erradicar y sancionar la violencia contra la mujer¹²⁰, en este caso la violencia que se traduce en la causación de la muerte de ellas, es decir violencia de resultado mortal contra las mujeres por razón de esa condición, lo cual, si debe ser objeto de una respuesta penal adecuada al tipo de conducta antijurídica, no siendo imprescindible para su adecuada tutela –en nuestra opinión– la tipificación del hecho como feminicidio, es decir en perspectiva estricta de género, pero dicha opción legislativa puede resultar acertada en una dimensión más compleja del problema de violencia y del enfoque de gestión que político-penalmente se le brinde, indistintamente de ello¹²¹, al tipificarse la conducta como feminicidio habrá de considerarse tal conducta como una norma prohibitiva de rango jurídico-penal.

En tal sentido es necesaria la penalización de esa particular forma de atentar contra las mujeres, tanto en la esfera de la vida privada como de la pública, con lo cual, esos especiales atentados contra la vida deben ser sancionados diferenciadamente –aunque la forma en que se haga no necesariamente tiene que consistir en un supuesto de acción afirmativa¹²²– por lo cual lo esencial es que el marco penal

120. Sobre ese particular los fundamentos serían la Convención Sobre la Eliminación de todas las formas de discriminación contra la Mujer. Asamblea General de la Naciones Unidas Resolución 34/180 del dieciocho de Diciembre de 1979. Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar, y Erradicar la Violencia contra la Mujer adoptada en el vigésimo quinto periodo ordinario de sesiones de la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos en Belém do Pará. Brasil el nueve de junio de mil novecientos noventa y cuatro. Sobre los instrumentos internacionales y disposiciones que amparan los casos ventilados –Convención Americana sobre Derechos Humanos, Arts. 1, 2, 4, 5, 7, 8, 19 y 25; Convención de Belém do Para Art. 7. SALAS Karla Michelle “Campo Algodonero vs El Estado de México” en Conversatorio sobre la Sentencia de Campo Algodonero de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Red Feminista Frente a la Violencia contra las Mujeres. Julio 2010 p 3.

121. En nuestro país la realidad de muerte de mujeres, al menos sobre las cifras conocidas y documentadas genera un aspecto preocupante, por el nivel de aumento sostenido en el transcurso de más de un lustro, los problemas de determinación de móvil o razón del homicidio que no están claros o están en etapa de averiguación, no debe ser un parámetro para no generar un marco de debida protección sobre este aumento de muertes violentas respecto de las mujeres, por cuanto lo que si indican las cifras, es al menos un patrón no decreciente y en franco aumento. En el año 1999, los casos documentados de homicidio fueron 195; en el 2000, 193; en el 2001, 211; en el 2002, 227; en el 2003, 232; en el 2004, 260; en el 2005, 390; en el 2006 437. De ahí que en relación a la cantidad de población, la tasa por cien mil habitantes resulto en un porcentaje de incremento que se detalla en: 6.22 (1999); 6.04 (2000); 6.32 (2001); 6.84 (2002); 6.87 (2003); 7.56 (2004); 11.16 (2005); 12.37 (2006). El aumento desde 1999 a 2006 va de seis punto veintidós a doce punto treinta y siete en ocho años. MÉNDEZ Ernesto “Estadísticas, limitaciones y retos de la medicina forense en relación al feminicidio” en Primer Seminario Regional sobre Femicidio/Feminicidio. El derecho de las mujeres a una vida libre de violencia” I Informe Regional: Situación y análisis del femicidio en la región centroamericana. San José. Costa Rica. 2006. p 21. Para el año 2007 aunque datos no oficiales indican una disminución, los homicidios en mujeres alcanzaron la cifra de 257, la cual sigue siendo preocupante; sobre ese dato Ver. II Seminario contra las Mujeres y Feminicidio. Feminicidio. Cuando la violencia mata mujeres. San salvador. El Salvador. Abril. 2008 p 11.

122. Las acciones afirmativas se derivan del uso del derecho anti discriminatorio de los Estados Unidos de América –positive action o affirmative acción– y aluden a mecanismos que garanticen los derechos de grupos desfavorecidos, rebasando el mero aspecto discriminatorio y adoptando medidas preferentes. VOGEL-POLKY Eliane “Las acciones positivas y los obstáculos legislativos y constitucionales que dificultan su realización en los Estados miembros del Consejo de Europa. Comité Europeo para la igualdad entre mujeres y hombres del Consejo de Europa. Estrasburgo. 1989 p 10.

construya una fórmula especial de reproche para la muerte de las mujeres, cuando se cometan en atención a esa condición de género¹²³ aunque la misma también podría ser una opción, aquí se insiste en su carácter de no necesario, desde esa perspectiva, aunque siempre se está en el deber de generar una protección penal suficiente, acorde al carácter especial del objeto de protección.

Inclusive sobre los aspectos diferenciales de protección en el sentido de general una forma especial de desmerecimiento penal cuando se atenta contra la vida de las mujeres por su condición de sexo, se ha sostenido que tal diferenciación no contradice los aspectos sustantivos del principio de igualdad, y que tal merecimiento es legítimo desde la perspectiva del derecho constitucional¹²⁴ por ello indicamos que sobre esta temática pueden haber distintos enfoques, lo importante es brindar un acertado marco de protección.

En cuanto a la criminalización del feminicidio tal forma de sancionar el homicidio respecto de las mujeres por motivos de género, ha encontrado recepción en algunas legislaciones o se han formulado proyectos de ley en ese sentido; debe aclararse que en algunos lo que ha cambiado es únicamente la figura penal en la construcción del merecimiento de la conducta, en el sentido de sancionar la muerte de las mujeres, en razón de esa condición, aunque la pena que se determina es la misma que para los homicidios; y el otro cambio importante es que se ha realizado en leyes especiales que determinan la punición de actos de violencia en contra de las mujeres¹²⁵,

123. El uso del concepto lo hacemos en su sentido restringido, es decir desde la perspectiva género-sexo como categoría de convivencia socio-histórica en las formaciones sociales, *ergo* en su sentido cultural y no biológico. BENHABIB S. CORNELL D. "Teoría Feminista y teoría crítica. Alfons el Magnanim. Valencia. España. 1990 p 125.

124. Ciertamente sobre estas normas diferenciadas –aun configuradas como normas de carácter de género específico– hay reconocimiento de en la jurisprudencia comparada, en el sentido que dichas normas, son resultado del deber del Estado de garantizar de una manera diferenciada los derechos humanos –y fundamentales– sin que ello pueda comportar al menos desde esta perspectiva una objeción de transgresión constitucional respecto del principio de igualdad. En tal sentido el Voto Número 1800-05 sobre la acción de constitucionalidad de la Sala Constitucional de Costa Rica respecto de la Ley para la Penalización de la Violencia contra las Mujeres. Sentencias del Tribunal Constitucional Español (TCE) Número 59/2008 del catorce de mayo de dos mil ocho; y 45/2009 del 19 de febrero de 2009 sobre las cuestiones de inconstitucionalidad de los arts. 153.1 y 171.4 del Código Penal Español.

125. Así por ejemplo en la legislación Costarricense en la Ley N° 8589 para la Penalización de Violencia contra las Mujeres que prescribe en el artículo 21: "Se impondrá pena de prisión de veinte a treinta y cinco años a quien de muerte a una mujer con la que mantenga una relación de matrimonio, en unión de hecho declarada o no". En el derecho Guatemalteco por Decreto N° 22-2008 la Ley contra el Feminicidio y otras formas de Violencia contra la Mujer que en el artículo 6 prescribe "Comete el delito de feminicidio quien en el marco de relaciones desiguales de poder entre hombres y mujeres, diere muerte a una mujer, por su condición de mujer, valiéndose de cualquiera de las siguientes circunstancias: a. Haber pretendido infructuosamente establecer o restablecer una relación de pareja o intimidad con la víctima; b. Mantener en la época en que se perpetre el hecho, o haber mantenido con la víctima, relaciones familiares, conyugales, de convivencia, de intimidad, de noviazgo, amistad, compañerismo o relación laboral; c. Como resultado de la reiterada manifestación de violencia en contra de la víctima; d. Como resultado de ritos grupales usando o no armas de cualquier clase; e. En menosprecio del cuerpo de la víctima para satisfacción de instintos sexuales, o cometiendo actos de mutilación genital o cualquier otro tipo de mutilación; f. por misoginia; g. cuando se cometa en presencia de hijas o hijos de la víctima; h. concurriendo cualquiera de las circunstancias de calificación contempladas en el Art. 132 del Código Penal. La persona responsable de este delitos será sancionado con pena de prisión de veinticinco a cincuenta años, y no podrá concedérsele reducción por ningún motivo". En Paraguay el Proyecto de Ley que reprime toda forma de Violencia contra la Mujer presentado el 19 de diciembre de 2007 regula el feminicidio en dos normas a saber: en el artículo 5. Femicidio. Se entenderá por feminicidio la forma más extrema de violencia contra las mujeres que consiste en su muerte por razones asociadas a relaciones de género desiguales. Art. 11. Femicidio. El que

y en ese marco se sanciona la causación de la muerte, en otros países se propone la creación de un nuevo supuesto calificándolo directamente como feminicidio¹²⁶.

Sin embargo también en la legislación comparada se configura otra forma de tutela aunque la misma es más generalizada, ella también puede comprender la tutela de la vida de las mujeres, en este caso se trata de tipificar el feminicidio o la muerte de mujeres en razón de su condición, por motivos discriminatorios o de condición racial¹²⁷, constituyéndola como un intensificador especial, para captar todo el desvalor, inclusive tal modalidad puede construirse de manera generalizada ampliando a otros grupos vulnerables, o particularizando únicamente sobre las mujeres.

Dichas formas de criminalización se denominan en el sistema anglófono como *hate crimes* –o crímenes basados en prejuicios– los cuales son los que se cometen contra una determinada víctima porque ella es percibida como parte de un grupo determinado que puede tener connotaciones diferentes para repudio como lo son la raza, etnia, religión, creencia, género, preferencia sexual etcétera, desde una perspectiva de género, se crítica este modelo por cuanto este tipo de agravantes no han surgido para generar una protección especial de las mujeres, sino a otros grupos históricamente discriminados –es obvio que en este visión la discriminación para la mujeres se considere estructural y no fragmentaria– y por ende no se capta una especial

matarse a una mujer como consecuencia de relaciones de género desiguales será sancionado con pena privativa de libertad de diez a veinticinco años. La pena podrá ser aumentada de quince a veinticinco años cuando el autor haya tenido relaciones íntimas, familiares, de convivencia, de noviazgo o afines con la víctima”.

126. Es el caso de las iniciativas siguientes: El artículo 128 bis de la iniciativa de Chihuahua: “Comete el delito de feminicidio, el que priva de la vida a una mujer mediante cualquiera de las conductas siguientes o bajo alguna de las circunstancias siguientes: I. Se realicen actos de odio o misoginia. II. Haya construido una escena delictiva denigrante y humillante contra el pasivo, para su postvictimización. III. Infrinja lesiones infamantes y/o en zonas genitales que evidencian un trato degradante y destructivo hacia el cuerpo del pasivo. IV. Exista la intención o selección previa de realizar un delito sexual, independientemente de que se cometa o no el mismo. V. Exista con antelación a la comisión del delito indicios pre-constituidos de algún tipo de violencia familiar. VI. Cuando la elección del pasivo sea a partir de su preferencia sexual, hacia personas de su mismo sexo. Al que cometa el delito de feminicidio se le impondrá de cuarenta a sesenta años de prisión. En el Estado de Guerrero la iniciativa de ley de 2008 expresa: Capítulo III, De la violencia Feminicida. Art. 38; Comete el delito de feminicidio, el que prive de la vida a una mujer cuando concorra una o más de las siguientes conductas: I. Se haya cometido mediante actos de odio o misoginia; II. Haya realizado actos de violencia familiar; Haya construido una escena del crimen denigrante o humillante contra el pasivo; IV. Se haya cometido mediante lesiones infamantes y/ o en zonas genitales, apreciándose un trato degradante al cuerpo del pasivo; V. La intención o selección previa de realizar un delito sexual, independientemente de que se cometa o no el delito; VI. Cuando se realice por homofobia. VII. Cuando existan indicios de que la víctima presentaba estado de indefensión. La iniciativa a nivel federal en cuanto a la penalización del feminicidio es como sigue: Art. 323 bis. Comete el delito de feminicidio, el que priva de la vida a una mujer mediante cualquiera de las conductas o bajo algunas de las circunstancias siguientes: I. Se realicen actos de odio o misoginia; II. Haya construido una escena delictiva denigrante y humillante contra el pasivo, para su postvictimización; III. Infrinja lesiones infamantes y en zonas genitales o en ambas que evidencien un trato degradante y destructivo hacia el cuerpo del pasivo; IV. Exista la intención o selección previa de realizar un delito sexual, independientemente de que se cometa o no éste; V. Exista con antelación a la comisión del delito, indicios preconstituidos de algún tipo de violencia intrafamiliar; VI. Cuando la elección del pasivo sea a partir de su preferencia sexual, hacia personas de su mismo sexo; VII. Cuando la pasivo sea trabajadora sexual o preste sus servicios en bares o centros nocturnos.
127. Así expuesto, al menos en Estados Unidos en el cual ese tipo de crimen –en las mujeres– no se ha considerado como feminicidio si no desde una perspectiva de crimen racial RUSSELL Diana “Marco Conceptual sobre feminicidio, causas, misoginia, patriarcado y pornografía” en II Seminario contra las Mujeres y Feminicidio. Feminicidio. Cuando la violencia mata mujeres. Op cit. pp. 40 a 41.

forma de desvalor sobre todo cuando se configura el precepto de una manera integrada con otros grupos discriminados¹²⁸.

Sin embargo, estas opciones no son tampoco peregrinas, pues legislaciones de países con rancio abolengo en materia de construcción normativa la ha adoptado con sus propias particularidades¹²⁹, debe indicarse que esta opción, con algunos matices diferentes, es la que más me parece más acertada, en el sentido de configurar un supuesto particular de muerte en las mujeres, el cual se integre como agravante especial, sin vincularlo a otro colectivo social en general, pero si en particular, con lo cual resultará que el autor debe presentar en el ámbito síquico motivos especiales para matar –aquí radica una cuestión diferencial¹³⁰– así aunque a la muerte de una mujer, no se le añade, la carga simbólica que podría tener el femicidio o el feminicidio –al menos formalmente– si se reconoce en el supuesto de hecho que desvalora la conducta, precisamente la condición de mujer bajo las circunstancias típicas intensificadoras señaladas –prevalimiento, odio o discriminación– y ello vale, para que el homicidio se califique como agravado, de acuerdo a este especial desvalor del injusto y de la culpabilidad del sujeto, que como expresamos desvalora la conducta de los hombres que matan mujeres por estos motivos, aunque –como se verá– el precepto no es especial en cuanto al autor.

En nuestro país, la opción ha sido una tipificación autónoma en una ley especial e integral de protección a las mujeres en cuanto al fenómeno de la violencia, por lo cual, se han adoptado una serie de delitos que sancionan actos de violencia en contra de las mujeres, dentro de los cuales, figuran como las conductas de mayor gravedad el matar a una mujer por motivo estricto de odio o de menosprecio por la misma razón de ser mujer. Los tipos penales, presentan una serie de problemas que aquí sólo serán enunciados pero que es importante tenerlos en cuenta para reflexionar sobre los alcances dogmáticos de la figura del feminicidio.

128. Sin embargo no podrá negarse que las fórmulas de crimen por discriminación representan en su aspecto desvalorativo una connotación de mayor gravedad, por cuanto importan tanto un daño individual pero a su vez social, por cuanto se afecta al orden social en general por la afectación del grupo en particular que resulta objeto de la acción criminal por motivos de discriminantes. Cuestión aparte es que según la cultura de una sociedad determinada el impacto de los crímenes por discriminación puede tener un contenido simbólico diferente, por ejemplo en los Estados Unidos de América la comprensión de los mismos es particularizada por el efecto simbólico especial que representa un *hate crimes*, pero ello es particular de su propia identidad cultural.

129. Siguen tipificaciones de esta índole Inglaterra, Bélgica, Canadá, Estados Unidos de América, España.

130. Como se expresará con anterioridad en materia de tipificaciones pueden realizarse ciertas diferenciaciones, en virtud del contenido material de la igualdad, la generalidad abstracta que requieren los tipos penales –se mantiene– por que el sujeto puede ser cualquier hombre –y se evita caer en un ámbito de derecho penal de autor– porque además de la condición de hombre, se requiere la concurrencia –alternativas no acumulativas– de prevalimiento, odio o discriminación respecto de las mujeres. En todo caso sobre estas formas de configuración típicas con un carácter de diferenciación especial, de no ser adoptadas cuando son necesarias, pueden constituir un tipo de discriminación, y por ello, es importante lo que ha indicado el Comité de Derechos Humanos en el sentido de: “Una discriminación indirecta, puede resultar de no tratar situaciones diferentes en forma diferente si los resultados negativos de esto afectan exclusivamente o desproporcionadamente a personas de una determinada raza, color, sexo, idioma, religión, opción política o de cualquier índole, origen nacional o social, posición económica u otra condición social”. Comité de Derechos Humanos. *Pohl Mayer y Wallman vs Austria*. CCPR/C/01/D/1160/2003. Párrafo 9.4.

Aunque tradicionalmente los delitos de feminicidio, sólo pretenden sancionar a los hombres, por la acción homicida en mujeres bajo razones de odio o menosprecio a su condición estricta de mujer, de la configuración de los tipos penales, no se determina esa cualificación especial del sujeto activo –es decir necesariamente un hombre– y aunque el discurso tradicional sea en el ámbito de género precisamente ese, al menos de la estructura del tipo penal, no se determina esa condición especial, exclusiva y excluyente respecto de los autores, con lo cual el tipo penal, es *in genere*, y más allá de la discusión de enfoque en cuanto a perspectiva de género, resulta lo más conveniente, porque ello, permite sostener una figura que no compromete al principio de culpabilidad por construir una figura penal, desde una perspectiva de derecho penal de autor, al menos ello, en el sentido más connotado de la doctrina penal.

Si habrá de indicarse que el tipo penal de feminicidio en su figura simple, es decir no agravada, requiere del concurso de un especial elemento en el sujeto activo, puesto que el mismo debe de proceder a dar muerte a una mujer mediante motivos de odio o menosprecio a su condición de mujer, si este elemento no es concurrente, aunque una persona de muerte a una mujer, dicho hecho no podrá ser calificado penalmente como feminicidio, con lo cual, pasará a la aplicación genérica de tutela del homicidio en su sentido tradicional, de ahí la importancia del establecimiento de dicho aspecto subjetivo, el cual solo puede sostenerse a partir de concretos elementos de prueba que a la hora del juicio, determinen con certeza la existencia de tales móviles que califican el hecho como feminicidio.

Debe además señalarse, que la posible facilitación legal que se determina en el inciso segundo del artículo 45 de la Ley Especial, en cuanto determina supuestos de significación para comprender cuando concurre una circunstancia de odio o menosprecio, tiene sus limitaciones, primero porque tales circunstancias, aunque facilitadoras de la comprensión del significado de odio o menosprecio, no sustituyen en absoluto, esos afectos de intención del sujeto activo, lo cual, llanamente significa en el derecho penal, que tales circunstancias son indicadores de una circunstancia indiciaria, o de presunción legal, pero no se corresponde a una situación absoluta en el sentido presunción *iure et de iure* puesto que en el marco del derecho penal, se encuentran prohibidas, las presunciones legales, dentro de la cual se contemplan, también las llamadas presunciones legales típicas, que son aquellas, por las cuales la situación de hecho o fáctica –es decir de la realidad– se acredita por ministerio de ley, o lo que significa por simple voluntad del legislador.

Conforme a lo anterior, debe entenderse a los supuestos comprendidos en el delito de feminicidio, como aspectos circunstanciales sujetos a prueba, lo que equivale a señalar, que la circunstancia esencial del tipo de feminicidio, es decir el motivo de odio o de menosprecio, debe quedar acreditado más allá del supuesto legal de significación, puesto que no necesariamente la previsión legal se corresponderá siempre a supuestos de odio o de menosprecio, y en tal sentido, no

debe agotarse únicamente solo la dimensión externa de la circunstancia prevista legalmente.

Las formas agravadas de feminicidio, presentan unas cláusulas de intensificación del reproche penal, que de concurrir agravan severamente la pena a imponer, aunque no todas reflejan una dinámica profunda de desvalor esencial sobre la figura base del feminicidio, y este es otro aspecto a tener en cuenta, el feminicidio agravado, sólo es una modalidad del feminicidio como figura penal básica, con lo cual, la figura agravada, debe colmar primero los elementos típicos del supuesto de hecho previstos para la existencia de la figura genérica, y además los propios que le son atinentes a las circunstancias cualificadas, depende entonces el feminicidio agravado, de que se demuestre la existencia del injusto de la figura básica en toda su extensión típica.

Un último aspecto que debe comentarse es relativo a la forma de autoría, en el sentido que de la exegesis del tipo penal, no se determina como algunos comentaristas sostienen que esta clase de delito, el feminicidio, es cometido como sujeto activo únicamente por hombres –sobre la base de un sentido machista y misógino con carácter androcéntrico– tal intelección desde la estructura típica en la cual fue construido el delito de feminicidio –art. 45 de la ley de la materia y 46 en su forma agravada– niega en el plano dogmático penal esta formulación, puesto que el sujeto activo como autor según el tipo penal, está construido desprovisto de toda cualificación de especialidad propia o inversa, con lo cual, cuando en la tipología penal se opta por sujetos neutros o abstractos, donde quedan comprendidos todas las personas –incluidos todos los géneros– el resultado es una estructura típica con sujeto desprovisto de especialidad.

En efecto, la lectura misma del precepto confirma que el sujeto activo no tiene cualificación especial –dice el art. 45 “Quién le causare la muerte a una mujer mediante motivos de odio o menosprecio por su condición de mujer [...]”– y en tal sentido al no haber condición de especialidad no puede sostenerse que una formulación lingüística neutra “Quien” pueda dar lugar a un sujeto cualificado entendiéndose por este únicamente a los hombres; menos podría afirmarse tal interpretación cuando el causar la muerte a una mujer, puede ser un acto de un hombre o de una mujer –más problemático resulta la cuestión trans-genero mujeres que se sienten hombres, o hombres que se sienten mujeres–; además el odio como expresión de un afecto humano, no es privativo de los hombres, también las mujeres pueden odiar, con lo cual dicho sentimiento no cualificaría al sujeto activo; y tampoco puede afirmarse tal cuestión del sentido de menosprecio por la misma razón, hombres y mujeres –como parte del género humano– tienen la capacidad de menospreciar.

Con lo anterior se quiere señalar que la estructura típica sobre la cual se construyó el feminicidio, no determina un sujeto activo con cualidades especiales, sino un sujeto común en el cual quedan comprendidos hombres y mujeres en el sentido tradicional o sus variantes en el sentido trans-género; lo anterior aunque podría

estimarse un desacierto –quizá solo respecto de aquellas reivindicaciones más radicales– no lo es, por cuanto para la sistemática penal, genera racionalidad sobre todo en un aspecto sumamente importante como lo es, el título unitario de imputación, lo cual permite resolver sin problemas, las cuestiones de concurso de personas, es decir formas de coautoría o de autoría mediata con mismo dolo, o de autoría con formas de complicidad, en las cuales en la muerte de una mujer por motivos de odio o menosprecio actúan hombres y mujeres de manera concertada.

Lo anterior debe señalarse con claridad, puesto que en el marco del derecho penal, no priva la *ratio legislatoris* con la misma fuerza que la *ratio legis* con lo cual, aunque las intenciones del legislador hayan sido unas –de buenas intenciones está empedrado la calle del infierno dice el verso popular– privan las razones de la ley, es decir priva el sentido del tipo penal, con lo cual como se ha señalado de la formulación del sujeto activo “Quien¹³¹” no es posible diferenciar cualidades especiales para el sujeto activo en el sentido que necesariamente tenga que ser un hombre, por lo cual se afirma –aunque sea una perogrullada– que se trata de un sujeto común, sin cualidades especiales, es decir un hombre o una mujer como sujeto activo.

K. La reforma penal sexual

En materia de delitos sexuales puede sostenerse que la reforma penal ha sido asistemática, lo cual significa, que las modificaciones en los tipos penales, han generado problemas de aplicación de la ley respecto de conductas que no se encuentran claramente diferenciadas, uno de los errores de dicha reforma ha sido partir de la base de que las niñas, niños y adolescentes, o que estos deben de ser protegidos –básicamente los adolescentes– de manera absoluta, total y completa de todas las actividad relacionadas a la sexualidad, planteándose un esquema altamente moralista, como si en la normativa previa a la reforma del derecho penal sexual, no se encontrara una tutela suficiente de sus derechos sexuales en el ámbito penal, de ahí que, se han confundido los planos de mínimos éticos a partir de los cuales interviene el derecho penal, por los mínimos de una moralidad ni siquiera decimonónica, en materia de sexualidad, y en tal sentido, pareciera que los niños niñas y adolescentes han sido declarados por la ley como una especie de seres no pensantes, sin conciencia y sin capacidad cognitiva¹³², respecto de un fenómeno natural como lo es la sexualidad humana.

131. Según el Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia Española. Tomo II. Vigésima Segunda Edición 2001 la formula “Quien” (Del lat. “*quem*, acus. de *qui*”) es un Pronombre referido a personas, equivale a *que*, *el que*, *la que*, entre otros. Con lo cual, el sentido de “Quien” resulta neutro lingüísticamente como voz usada en la fórmula de pronombre sustituye al que o a la que, en cualquiera de sus formulaciones de voz incluye tanto al hombre como a la mujer indistintamente.

132. Tal enfoque resulta completamente injustificado y muy difícil de explicar cuando a esas mismas personas en el plano de la responsabilidad desde la perspectiva del derecho penal juvenil se les considera –como debe de ser– sujetos responsables, aunque su responsabilidad sea graduada de manera diferente, por cuanto, en materia de responsabilidad penal juvenil, se responde penalmente desde los doce años de edad, con un sistema disímil de sanciones acordes a su edad; aspecto que cambia cuando la persona tiene menos de dieciséis años de edad, y cuando tiene entre dieciséis y hasta menos de dieciocho años de edad, se trata de un sistema diferenciado de

En el derecho penal sexual de la actualidad, se converge desde una perspectiva de política penal que concurren diferentes grados de protección penal respecto de la libertad y de la indemnidad sexual, y por ende los grados de intervención del derecho penal también son diferentes, ello es una consecuencia del principio de fragmentariedad, lo cual significa que no todos los bienes jurídicos se defienden de la misma manera y en la misma medida, lo anterior permite un uso racional y limitado del derecho penal, el cual en todo caso, es un instrumento –o al menos debiera serlo– de gestión de conflictividad social, por lo cual, su uso debe ser no solo excepcional, sino además proporcional, pero a su vez, dotado de un sentido de eficiencia, lo cual significa que el conflicto, no puede resultar agravado por la respuesta penal, o no debería al menos suceder de esa manera, precisamente para evitar estos efectos inversos, se aconseja el uso racional consecuencial del derecho penal, en el sentido que solo interviene en aquellas áreas imprescindibles, y con una forma de tutela diferenciada en cuanto a los alcances de las conductas que prohíbe y de las sanciones que utiliza para alcanzar los fines de defensa y de prevención que usualmente se le adjudican.

Así desde aquella perspectiva, una primera forma de defensa en el ámbito de la sexualidad humana, la representan aquellas conductas que entrañan violencia, es decir se trata del modelo de agresión sexual, en ella la edad es indiferenciada, no importa la edad para ser pasivo de un delito de violencia sexual. La violencia *ope legis* opera a un nivel en el cual usualmente se determina la ausencia esencial de un desarrollo cognitivo, y el mismo es compatible con la exigencia de responsabilidad, de ahí que antes de los doce años sea un parámetro aceptado en la generalidad para entender viciado cualquier tipo de consentimiento.

En los delitos de abuso sexual lo anterior se manifiesta claramente cumplidos los doce años, la protección penal discurre por la figura del abuso, en una franja reducida de protección, usualmente hasta los quince años, la protección es más amplia, pero encuentra límites, en el mayor desarrollo síquico de la persona, que a esa edad es un joven, y de ahí hasta los dieciocho años, la protección penal permanece aunque mitiga a formas excepcionales por las cuales la voluntad del pasivo puede ser afectada para sostener un acceso carnal.

Los aspectos anteriores han sido desconocidos por la reforma penal sexual, la edad de los pasivos en relación a los delitos de violación y agresión sexual se elevó hasta los quince años, con lo cual el consentimiento para personas mayores de doce y menores de quince ora en un acceso carnal o en actos lascivos, queda enervado, es decir que para el derecho penal en materia sexual, estos jóvenes son llanamente unos “alienados”¹³³, y paradójicamente estas mismas personas serán capaces de

sanciones acorde a la edad de la persona, tal como lo tienen previsto por ejemplo los artículos 2 y 15 inciso final de la Ley Penal Juvenil.

133. El término lo utilizamos en su sentido psiquiátrico como el que designa cualquier alteración mental que pone al sujeto en la imposibilidad de llevar una vida normal y participar de manera común y corriente en las relaciones sociales.

responsabilidad en el derecho penal juvenil si cometen un delito de naturaleza sexual, y como el tipo penal no se estructura sobre la base de un género determinado, mujeres y hombres de más de doce y menos de quince años, incapaces para consentir una relación sexual, deberán responder penalmente en el caso de cometer esos mismos hechos en un pasivo de su misma edad.

La respuesta penal, parece no ser acorde a la realidad, y además ser bastante disfuncional, puesto que parecería una reforma pensada en una sociedad de delincuentes adultos, cuando los delitos sexuales se cometen también en el marco del derecho penal juvenil, como se ha expresado, la defensa de niñas, niños y adolescentes, es prioritaria e importante, pero debe ser bien elaborada, teniendo unos marcos racionales de protección, ello en nada significa que el esquema de defensa sexual, tenga que ser débil en el sentido que se entiende tradicionalmente cuando se asocian a penas de un nivel de menor gravedad, los actos ilícitos sexuales pueden ser objeto de una grave respuesta penal, y ello nos parece legítimo en defensa de los bienes jurídicos de las personas menores de dieciocho años, pero debe ser racional aun en ese grado de respuesta, con lo cual, pareciera que otra vez el enfoque de género ha incidido de tal manera en la actividad legislativa que ha provocado una inflación punitiva en los delitos de orden sexual, punición que puede exceder el marco de la racionalidad de la respuesta penal.

Por último, la cuestión que podría generar un atemperamiento de la dureza de la reforma penal en el sentido de un desproporcional ámbito de protección¹³⁴ es el sentido del bien jurídico que se protege que es esencialmente para una franja de personas –entre doce años y menos de quince años– la libertad sexual, puesto que estos adolescentes tienen un sentido mínimo de su sexualidad¹³⁵ con lo cual, cuando esa representación sexual sea lo suficientemente válida para –según el caso particular– consentir una relación con carácter sexual, tal conducta sexual permisiva en sede de tipo penal, elimina una afectación lesiva relevante para el bien jurídico, siempre que el sujeto pasivo adolescente tenga una significación adecuada del ejercicio de su sexualidad según su propio y particular desarrollo cognitivo, con lo cual, materialmente no concurriría afectación sustancial del bien jurídico, perdiendo relevancia penal la conducta precisamente por concurrencia de un consentimiento suficientemente valido.

134. Con ello se quiere indicar que no se sostiene que los adolescentes mayores de doce años y menores de dieciocho no gocen de una protección penal reforzada que implique penas más severas en su significación comunicativa, sino que esta protección debe ser razonablemente construida, es decir una protección fragmentaria del bien jurídico tutelado que segmente en la gravedad de las penas los merecimientos diferenciales de afectación, por lo cual no puede extenderse desmesuradamente una punición generalizada sin tener en cuenta los aspectos diferenciales del merecimiento de pena en el ámbito de la tutela jurídica respecto del interés protegido penalmente.

135. Es decir no son seres amorfos en el ámbito mental o desprovistos de capacidad síquica según su edad para tener una representación a su edad de los aspectos mínimos de la sexualidad humana, precisamente por esos marcos diferentes de desarrollo, es que siempre gozan de una protección penal importante, pero que no puede ser la misma de los menores de doce años; puesto que un adolescente no es una persona desprovista de su capacidad cognitiva según su propia formación y desarrollo, lo cual debe predicarse también en el ámbito sexual, puesto que los jóvenes tampoco son seres extrañamente asexuados, la sexualidad es un aspecto “congénito” de los seres humanos, en el mejor sentido de la palabra, es decir somos seres sexuados.

L. El delito de agrupaciones ilícitas

La reforma del delito asociativo o de asociación criminal, ha sido uno de los más activos dentro de la actuación legislativa, el precepto del artículo 345 que tenía comprendido la clásica figura de las asociaciones ilícitas –la cual se trata así en la mayora de legislaciones penales– ha sido objeto de múltiples reformas, configurándose una nueva forma de delinquir asociadamente mediante la figura de las agrupaciones ilícitas¹³⁶.

Sobre la última reforma al delito de agrupación criminal, debe indicarse que la misma desarrolla una modalidad de complementariedad con la Ley de Proscripción de Pandilla, integrando mediante un reenvío, diversas formas de agrupación criminal, tal aspecto debe examinarse con cuidado la cuestión del supuesto de hecho que configura la norma penal, a esos efectos hemos de resaltar el tipo de pluralidad criminal que se sanciona las cuales son las siguientes: a) la existencia de una asociación para delinquir; b) la existencia de una agrupación para delinquir, c) la existencia de una organización para delinquir. Las tres formas de concurrir en una actividad concertada para el delito son captadas por el precepto penal en la actualidad que determina el “tomar parte en una agrupación, asociación u organización”.

Como entendemos que tales de formas de pluralidad en la concertación para cometer delitos de una manera no aislada, son diferentes en cuanto a su complejidad y progresión, entendemos que la entidad de las tres formas colectivas de criminalidad no son idénticas y que las mismas deben presentar ciertas diferencias¹³⁷, con lo cual por aparte de las agrupaciones ilícitas y de las asociaciones ilícitas, quedaría comprendida la figura de las organizaciones ilícitas, dentro de las cuales debe considerarse el modelo de crimen organizado.

Ciertamente en su sentido gramatical las voces de agrupación, asociación y organización, delimitan una diferenciación al menos progresiva, es decir, de

136. La reforma del artículo 345 ha sido una de las más profundas, su dirección ha sido generar un marco de mayor intervención penal respecto del delito asociativo, pero se ha perdido la noción de que esta figura es una de anticipación, con lo cual la reacción punitiva aparece desmedida y en igual sentido algunos ámbitos de extensión de la punibilidad, como por ejemplo la criminalización de la conspiración para asociarse delictivamente, olvidándose que precisamente los delitos de asociación o agrupación criminal, son delitos de confabulación que se sancionan precisamente por el acuerdo de voluntades permanentes para delinquir, las reformas al efecto han sido las siguientes: Decreto Legislativo N° 280 publicado en el Diario Oficial N° 32 Tomo 350 del trece de febrero de dos mil uno; Decreto Legislativo N° 121 publicado en el Diario Oficial N° 198 Tomo 361 del veinticuatro de octubre de dos mil tres; Decreto Legislativo N° 393 publicado en el Diario Oficial N° 143 Tomo 364 del treinta de julio de dos mil cuatro; Decreto Legislativo N° 459 publicado en el Diario Oficial N° 190 del Tomo 398 del doce de octubre de dos mil diez.

137. A nivel meramente gramatical se presentan entre dichas conceptos diferencias notables así: agrupación significa: “Acción y efecto de agrupar o agruparse, conjunto de personas agrupadas”. Por asociación la organización de individuos con un mismo fin”. Por organización: “Conjunto de personas con los medios adecuados que funcionan para alcanzar un fin determinado” Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española. 2005. Desde la perspectiva sociológica organización en una primera aproximación significa: “formación social institucionalmente independiente, que se rige por unos procedimientos y reglas establecidos y cumple unos fines específicos”. La Enciclopedia”. Salvat Editores. Madrid. España. 2004 p 1362.

complejidad, así mientras la agrupación da un sentido de menor acuerdo, bastando la reunión de las personas con un fin determinado¹³⁸, la asociación presenta una estructura organizativa más acabada con un mayor de permanencia, lo cual en la organización adquiere una mayor trascendencia en cuanto a los fines y a las formas de conjuntarse para alcanzar aquellos¹³⁹.

La connotación de crimen organizado rebasa entonces los conceptos de agrupaciones criminales y aún el de asociaciones ilícitas, y en tal sentido el hecho de participar en una organización criminal que en este caso se presenta como un modelo de crimen organizado, es punible en los términos preceptuados por el mismo artículo 345 del Código Penal. Ahora bien, cual es el alcance de lo que tenga que considerarse como una organización criminal; a esos efectos es necesaria la estimación de la cláusula legal del inciso segundo del artículo supracitado, empero restringiendo los elementos concurrentes a aquellos que son compatibles con la figura de una organización ilícita, los cuales son a saber: a) una organización, en el sentido de un conjunto de personas; b) organización que habrá de ser necesariamente permanente; c) constituida por dos o más personas; d) la cual tiene que tener una estructura, derivada del requisito de la organización; e) con una finalidad delictiva esencial.

IV. Formas Especiales de Intervención Penal

LL. Fundamento de la intervención especial

No obstante la amplia reforma penal que se ha elaborado respecto de la normativa del proceso de reforma judicial, también se ha construido una forma más aguda de intervención penal, construida sobre unas normativas que impulsan una intervención penal de amplio espectro, precedida de un claro discurso autoritario que sin ambages renuncia al marco de las libertades y garantías fundamentales para implementar una intervención al más claro estilo de ley y orden, es decir una configuración normativa que se sustenta sobre la base de la represión penal en un sentido

138. Este aspecto queda matizado en la construcción del tipo penal, por cuanto los elementos descritos en el inciso segundo del artículo 345 CP atinentes a la temporalidad o al grado de organización, son aplicables a una estructura criminal básica o si se quiere de ninguna complejidad, ello es propio de la agrupación de personas con finalidad delictiva, que supondría el simple agrupamiento, es decir, la mera reunión de las personas para cometer delitos, lo cual obviamente debe de superar la coparticipación como forma de concurso de delincuentes, entendiendo que son codelincuentes.

139. Ciertamente la asociación ilícita supone una complejidad que no tienen las simples agrupaciones delictivas, por ende no podría sostenerse –en nuestra opinión– que las asociaciones ilícitas, tengan un carácter transitorio, ellas como las llamadas organizaciones criminales por naturaleza tienen un carácter permanente, una estructuración que necesariamente tiene una dimensión de mayor complejidad, lo cual es gradual, por cuanto una estructura de crimen organizado, debe de tener una complejidad mayor que una asociación criminal, tal aspecto es menester que se distinga puntualmente, por cuanto las características materiales básicas que se señalan respecto del crimen organizado no concurren en el crimen asociado, aquel es un modelo delictivo más acabado que funciona como una verdadera empresa criminal, lo cual en el actual estado de cosas es una realidad a tal grado que ha sido necesario la creación de una normativa marco que precisamente capte la realidad de estas nuevas formas de expresión de la criminalidad, un modelo de organización para la ejecución del delito, en el cual las reglas de realización del mismo varían, con lo cual las reglas de imputación penal habrán de ajustarse a estas nuevas modalidades sin que por ello se tengan que transgredir principios del derecho penal nuclear.

radical, partiendo del ideario, que los derechos humanos, las libertades, los derechos fundamentales y las garantías sólo entorpecen el poder penal y no permiten reprimir como se debe a la criminalidad y a los delincuentes.

En tal sentido, se construyen estos modelos normativos, lo cual se presenta de esa manera porque de esa forma han sido explicitado por sus abanderados ante los *mass media* con lo cual su sentido ideológico queda plenamente definido en el marco de la ciencia penal, la adopción del modelo, es una opción que pretextando a las víctimas se erige como absoluta y debe ser reconocida como autoritaria en su modelo constructivo, aunque la misma no se adapta a la visión liberal de un Estado democrático.

Lo anterior permite hacer una confirmación teórica respecto de la respuesta punitiva ante al fenómeno del crimen en nuestro país, el hecho de que las corrientes punitivistas o neoretribucionistas hayan ido penetrando en la legislación penal, ante la facilidad de un discurso de manos duras, es decir de endurecimiento de la represión penal, lo cual como promoción del sector político siempre será una fuente atractiva de votos ante la mayoría de los ciudadanos cada más temerosos del asedio del crimen¹⁴⁰, lo que permite una legitimidad de miedo electoral al impulso de reformas penales que se presentan como abanderadas de la lucha contra la criminalidad en un sentido casi siempre retorico.

M. Ley Especial contra actos de terrorismo

La creación de una ley contra el terrorismo ha supuesto una nueva forma de intervención penal respecto de los derechos, libertades y garantías fundamentales que la Constitución reconoce a toda persona sin distinción, la legislación penal ordinaria, ya contemplaba la criminalización de conductas que se entendían constitutivas de actos de terrorismo, a tales efectos el código penal determinaba las siguientes conductas: a) actos de terrorismo; b) proposición y conspiración para actos de terrorismo¹⁴¹.

Ciertamente las conductas previstas reunían las manifestaciones clásicas del terrorismo, por cuanto el código penal es en todo caso un cuerpo normativo de finales del siglo XX por ende ajeno a los posteriores actos de terrorismo que se perpetraron en el orbe mundial. De ahí que la necesidad de una legislación sobre terrorismo parezca importante de ser discutida y aprobada, lo cual en todo caso no significa

140. Ver por ejemplo SILVA SÁNCHEZ Jesús María "La expansión del Derecho Penal" Op cit pp 69 a 74.

141. La determinación de ambas conductas se formulaba desde su aspecto tradicional en materia de terrorismo, los actos de terrorismo estaban comprendidos en el artículo 343 CP y sancionaba: a) los actos cometidos para causar temor, terror o alarma utilizando medios especiales para ello; c) los actos de privación de libertad o de amenazas con los mismos propósitos, clásicamente considerado como "tomas de rehenes"; c) los actos que atenten contra los funcionarios del Estado; d) la destrucción de bienes públicos o de uso público; c) la fabricación, detentación o suministro de armas utilizadas con fines de terrorismo; d) la participación individual o colectiva en tomas u ocupaciones de ciudades, o lugares determinados; e) el ataque armado a guarniciones o instalaciones militares; en el artículo 344 se sancionaban la proposición y conspiración para realizar actos de terrorismo.

desconocer que tal normativa debe ser siempre respetuosa del marco constitucional, es decir respetar los derechos y libertades fundamentales de la personas, así como asegurar las garantías mínimas de lo que se entiende por un debido proceso¹⁴².

No obstante que la legislación penal anterior a la vigencia de la ley especial de que se trata, tenía vacíos que ameritaban ser ampliamente discutidos, no puede negarse que la sanción para los actos de terrorismo que se establecía en el código penal era de suyo grave, y limite abstracto de la pena con el cual se sancionaba los actos de terrorismo tenía una sanción acorde a la razonabilidad.

Además por la técnica de hermenéutica que sostiene la construcción normativa del código penal, los actos de terrorismo sólo pueden ser aquellos que atenten contra los bienes jurídicos que resultan protegidos por las conductas que se practiquen con dichas finalidades, es decir las que atenten contra el sistema constitucional y la paz pública, con lo cual el conjunto de conductas descritas penalmente quedan comprendidas para atentados de esa naturaleza.

En esos aspectos es que la Ley Especial contra Actos de Terrorismo, no parece haberse articulado de la manera más adecuada, sobre todo por algunas indeterminaciones normativas y en todo su conjunto por que el sistema de penalidad rebasa el marco de lo razonable en un Estado Constitucional de Derecho.

Técnicas en la incriminación penal. En cuanto a la técnica de incriminación penal, aunque muchos preceptos se encuentran redactados de una manera que permite un nivel aceptado de precisión, y se ha hecho el esfuerzo de definir legalmente ciertos conceptos que resultan claves para la determinación de las conductas vinculadas a actos de terrorismo, persisten aspectos claves que permiten una discrecionalidad en la aplicación de la normativa.

Precisamente tal discreción se resume en el hecho de que los aplicadores de la misma, configuren la aplicación de la normativa a su arbitrio, por la no precisión de aspectos básicos en materia como la que se examina, ello obviamente puede

142. En este sentido el derecho internacional de los derechos humanos ha sido categórico, el debido proceso legal es inderogable, y los diferentes instrumentos internacionales que se han suscrito en materia de terrorismo ha reconocido este marco irreductible, para lustrar tal cuestión basta citar: a) En la Convención sobre el Terrorismo b) en la Convención de la Organización de Naciones Unidas sobre la Prevención y el Castigo contra Personas Internacionalmente Protegidas, inclusive los Agentes Diplomáticos en el artículo 9 se dispone: "Toda persona respecto de la cual se sustancie un procedimiento en relación con uno de los delitos previstos en el artículo 2 gozará de las garantías de un trato equitativo en todas las fases del procedimiento"; b) Convención sobre el Terrorismo de 1971 en el artículo 4 se dispone: "Toda persona privada de su libertad por aplicación de la presente Convención gozará de las garantías legales del debido proceso; y el artículo 8 dice: "para cooperar en la prevención y sanción de los delitos previstos en el artículo 2 de la presente Convención, los Estados contratantes aceptan las obligaciones siguientes (...) (c) garantizar el más amplio derecho de defensa a toda persona privada de libertad por aplicación de la presente Convención; c) La Convención Interamericana contra el Terrorismo en el Art. 15.3 reza: "A toda persona que se encuentre detenida o respecto de la cual se adopte cualquier medida o sea encausada con arreglo a la presente Convención se le garantizará un trato justo, incluido el goce de todos los derechos y garantías de conformidad con la legislación del Estado en cuyo territorio se encuentre y las disposiciones pertinentes del derecho internacional".

generar la aplicación distorsionada de la legislación contra el terrorismo y afectar los ámbitos de seguridad jurídica, por ello la determinación de aspectos básicos resulta esencial. A continuación se señalan los aspectos más relevantes que se estiman.

- a. La normativa no tiene definido claramente los objetos jurídicos de protección que sustentan las diferentes modalidades de delitos, ello genera una ambigüedad en cuanto a que conductas quedaran comprendidas en la normativa, en relación a los bienes jurídicos que se protegen.
- b. No concurre una definición de lo que habrá de entenderse por terrorismo, ello también genera en el derecho interno un marco de discrecionalidad que no es compatible con las exigencias del principio de legalidad y con el derecho a la seguridad jurídica.
- c. Algunas conductas punibles en su articulación resultan construidas de manera incierta e imprecisa, lo cual vuelve discrecional el marco de su aplicación. Son ejemplos los artículos 8, 19 (a) y (e), 27.
- d. La definición de los conceptos legales responde al marco configurativo de los diversos tratados internacionales, si bien ello parece adecuado, no lo es, el trasladar la forma de configuración de las normas internacionales, por cuanto estas por naturaleza son indefinidas, dado que su ratificación se somete posteriormente a diversos países con diversas tradiciones y fuentes normativas.
- e. La erradicación de *lege lata* del llamado delito político.

Lo anterior permite que la nueva ley que tiene aspectos importantes en materia de regulación de actividades de terrorismo pueda volverse disfuncional en su aplicación y capte conductas que no son las que se entiende clasificadas en materia de terrorismo, quizá el aspecto más importante sea el de la definición de lo que debe entenderse por acto de terrorismo, lo cual a nuestro juicio si es básico para la implementación eficiente de la misma normativa.

La desproporcionalidad de penas. El sistema de penalización elegido para las conductas tipificadas en la Ley Especial contra Actos de Terrorismo, es de máxima intervención en cuanto a la sanción penal que puede imponerse, la dosimetría penal en toda la ley muestra un exacerbación punitiva en todas las conductas que reprime de tal manera que la agudización de la sanción penal es la regla general en el misma.

Sea que se trate de los principales delitos, de conductas intermedias respecto de los actos de terrorismo, de actos de encubrimiento, de la sanción de hechos previos a la lesión de bienes jurídicos, de conductas realizadas por cooperantes, de hechos sancionados como delitos imperfectos o de figuras penales accesorias, la regla

sobre las consecuencias jurídicas del delito es la misma, se trata de penas que en su determinación abstracta ya son sumamente agravadas, a las mismas se suma una escala de agravantes especiales que permite todavía elevar el rango de la pena en un tercio del límite máximo dispuesto para el tipo general, con lo cual las penas ya agravadas se tornan en penas de largo alcance.

Para los efectos anteriores basta señalar algunas de las sanciones a las conductas previstas: a) para el delito de actos de terrorismo contra la vida, la integridad personal, o la libertad de personas internacionalmente protegidas y funcionarios públicos (Art. 5) pena de cuarenta a sesenta años de prisión; b) al delito de ocupación armada de ciudades, poblados o edificios (Art. 6) la pena de veinticinco a treinta años de prisión; c) para el delito de adulteración de sustancias (Art. 7) la pena de diez a quince años; d) para los actos de apología e incitación pública de actos de terrorismo (Art. 8) la pena de cinco a diez años de prisión; e) para el caso de simulación de delitos (Art. 9) la pena de cinco a diez años de prisión; f) en caso especial de fraude procesal (Art. 10) la pena de diez a quince años de prisión; g) para el delito informático (Art. 12) la pena de diez a quince años de prisión; h) para el de organizaciones terroristas (Art. 13) la pena de diez a quince años de prisión; i) para el delito de toma de rehenes (Art. 16) la pena de treinta y cinco a cuarenta y cinco años de prisión, y según resultados la pena de cincuenta y cinco a sesenta y cinco años de prisión; j) para los actos de colaboración sanción de quince a veinte años de prisión; k) para las amenazas la pena de diez a quince años de prisión; l) para el caso de encubrimiento la pena de quince a veinte años de prisión, inclusive a familiares de los autores y partícipes; ll) para los actos preparatorios, de proposición y de conspiración la pena de diez a quince años de prisión.

Como se advierte del catálogo expuesto, las penas que se determinan para las conductas son sumamente graves, la razonabilidad de las mismas de acuerdo a principios constitucionales queda seriamente comprometida, y si a ello se suma el factor de agravación especial precitado la dimensión de las mismas se eleva a parámetros irrazonables, por ejemplo en las penas de sesenta o sesenta y cinco años, las mismas adquieren ese límite como mínimo pudiendo extenderse hasta ochenta años de prisión, lo cual revela el parámetro desproporcionado de esas sanciones.

N. La nueva configuración del crimen organizado

La características con las cuales la Ley contra el Crimen Organizado y delitos de realización compleja define la significación de lo que debe entenderse por crimen organizado es ciertamente deficitarias, en el marco de lo que tradicionalmente se ha entendido por delincuencia organizada, hay elementos que son básicos y fundamentales para reconocer este tipo de criminalidad, elementos que los distinguen necesariamente de la llamada delincuencia convencional, dichos elementos no

aparecen especificados en el concepto legal que define tal tipo de organización delictiva, apareciendo más como una forma de estereotipo criminal¹⁴³.

Para clarificar lo anterior es importante comparar los conceptos que se utilizan, así mientras la Convención en mención define al “grupo delictivo organizado” como “grupo estructurado de tres o más personas que existe durante cierto tiempo y que actúa 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”¹⁴⁴. La ley de la materia define el crimen organizado como “aquella forma de delincuencia que se caracteriza por provenir de un grupo estructurado de dos o más personas, que existe durante cierto tiempo y que actúe concertadamente con el propósito de cometer uno o más delitos”.

Si se advierte dos aspectos esenciales para captar la figura del crimen organizado, como lo son la organización y los fines de obtención de beneficios económicos, no se han adecuado al concepto que se establece de *lege condendo* lo cual al menos desde su definición legal, marca una limitación del concepto, pues los elementos claves con los cuales se realiza la definición del crimen organizado no aparecen explícitamente representados, con lo cual la referencia a la figura del crimen organizado es limitada y conceptualmente no comprende lo esencial de la fenomenología del crimen organizado.

Por demás está decir que la complejidad delictiva en cuanto categoría procesal se encuentra seriamente limitado y no refleja lo que se conoce en la doctrina procesal como complejidad delictiva, el concurso de dos o más personas como autores de un hecho, o que la conducta recaiga sobre dos o más víctimas, no es un parámetro eficiente de complejidad delictiva, en tal sentido no se está persiguiendo por esta ley los hechos que son verdaderamente complejos; lo anterior resulta cierto cuando dicha complejidad se limita únicamente a tres figuras delictivas, dos de las cuales representan el porcentaje de delitos que más preocupa a la población, el homicidio y la extorsión, el otro hecho es el secuestro.

La punición desproporcional de los actos previos a la ejecución. Como las últimas formas de punir que se han incorporado al sistema penal, la Ley contra el Crimen Organizado y Delitos de Realización Compleja extiende la intervención penal y la punibilidad a áreas que tradicionalmente no habían sido objeto de sanción jurídico penal, es decir a la etapa previa al inicio de la ejecución del delito.

143. Ver en tal sentido VIRGOLINI Julio E. S. “Crímenes Excelentes”. Delitos de cuello blanco, crimen organizado y corrupción. Editores del Puerto. Buenos Aires. Argentina. 2004 pp 189 a 196

144. La Convención añade que por grupo estructurado se ha de entender “un grupo no formado fortuitamente para la comisión inmediata de un delito, y en el que no necesariamente se haya asignado a sus miembros funciones formalmente definidas ni haya continuidad en la condición de miembro o exista una estructura desarrollada”.

Ciertamente la valiosidad de los objetos jurídicos que se protegen, puede permitir al legislador sancionar conductas que sin ser parte del inicio de ejecución del hecho delictivo representen un riesgo especialmente intolerable para los bienes jurídicos que son objeto de tutela, pero precisamente como se está en presencia de actos que son anteriores a la fase de ejecución, la punición de los mismos que es excepcional debe reflejarse en la dosimetría de la pena abstracta que se fija, la cual ha de ser proporcional al grado de perturbación del bien jurídico, que en ese momento se mantiene en una fase previa al inicio de ejecución.

Tal aspecto básico de proporcionalidad de la sanción penal no es observado por la ley de la materia, pues el rango de la penas queda enmarcado dentro del desvalor general del tipo penal por lo menos en cuanto al límite de definición¹⁴⁵, con lo cual la pena del hecho que es previo a la ejecución en ese límite de definición alcanza la misma pena que la de un delito consumado¹⁴⁶.

Tribunales especializados contra el crimen organizado. La situación de conflictividad penal sobre todo aquella que se manifiesta bajo la forma especial del crimen organizado, llevó a las autoridades del Estado a integrar tribunales especializados, para generar una mayor efectividad al momento de enfrentar dicho fenómeno delictivo, eso al menos es lo que se sostiene en el discurso oficial de la normativa.

Lo cierto es que la criminalidad en el país ha adquirido dimensiones dantescas y las políticas penales de intervención punitiva por su reduccionismo han sido disfuncionales para enfrentar el fenómeno de la criminalidad en el país, entre el mismo de las organizaciones criminales, ello es notable cuando se apuesta a la reforma penal como instrumento esencial para reducir el crimen sin que la ley pueda lograr tan ambiciosos fines, aunque se explicita de esa manera a la sociedad, y la misma dado la situación y sensación de inseguridad respalde propuestas “populistas en materia de intervención penal”.

En el contexto de los *mass media* la jurisdicción especial se presentó como la alternativa fundamental para reducir el crimen a partir de la aplicación sin garantías de la normativa penal, conforme a un procedimiento especializado que reduce el papel garantizador del juez respecto de la investigación penal.

Para los efectos anteriores, se determinó una modalidad de competencia que tiene su fundamento en tres aspectos fundamentales para generar un conocimiento especializado de los hechos sometidos a la jurisdicción especial: a) que el hecho sea cometido mediante el concurso del crimen organizado; b) que se trate de delitos complejos según la definición de la ley y de los delitos comprendidos; c) que el

145. El límite de definición se encuentra conformado por el rango de la pena que permite definir su límite máximo.

146. La norma penal señala en el artículo 2 de la ley: “A los actos preparatorios, la proposición y la conspiración para cometer cualquiera de los delitos contemplados en la presente Le, si no tuvieran sanción señalada especialmente, se les impondrá una pena que oscilará entre la tercera parte del mínimo y la tercera parte del máximo de la prevista para el delito respectivo”.

hecho cause alarma social (artículo 1 de la Ley contra el crimen organizado y delitos de realización compleja).

La necesidad de la jurisdicción especializada ha de ser pulcramente examinada, ante la puesta en marcha de la misma, los tribunales ordinarios, según las normas del código procesal penal, se venían ocupando de las conductas que se realizaban mediante el concurso del crimen organizado, el conocimiento de esas infracciones en esa modalidad de ejecución de los hechos criminales fue realizada según el procedimiento común y en delitos tan sensibles como el secuestro que tuvieron una alza importante en los años, dos mil a dos mil tres, dichas organizaciones y los hechos cometidos fueron objetos de sanción reduciéndose a su mínima expresión el delito de secuestro; en otras palabras la eficacia del sistema penal en actividades de organización criminal quedó demostrada ampliamente.

El establecimiento de tribunales especiales a partir de la exigencia que incorpora la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional no determina específicamente la creación de nuevas jurisdicciones, no es el nombre que se le conceda a una jurisdicción el que la vuelve experta en una determinada materia, ello requiere todo un programa de formación previo que permita desarrollar una función especializada, estos aspectos no han sido aplicados a la creación de los tribunales en mención.

El manejo simbólico de la jurisdicción especial. En el contexto mediático las judicaturas especializadas al menos por el discurso oficial fueron presentadas como el instrumento fundamental para reducir el crimen, por cuanto serían jueces que no reconocerían las garantías de los acusados y que aplicarían la ley de manera severa e implacable, se trata de jueces no garantistas o no “hipergarantistas” y de jueces buenos, para contraponerlos a los otros jueces que por respetar las garantías de la Constitución, los tratados internacionales y las leyes son jueces calificados de “malos”¹⁴⁷.

El anterior tratamiento es desfavorable para la adecuada inserción de cualquier judicatura, un juez conforme a los estándares razonablemente aceptados no debe ser presentado como una autoridad mesiánica que es constituido para *per se* castigar a determinadas personas, ello desde su inicio presenta una visión del juez reñida con sus dos aspectos esenciales en cuanto a la función que desarrolla, la de ser un funcionario independiente e imparcial.

Lo que sucede es que ciertos enfoques sobre la forma en la cual se ejerce el poder han definido a los jueces como garantistas, si estos observan los principios, derechos, libertades y garantías que se derivan de la Constitución y la normativa internacional

147. Sobre esos aspectos ilustra muy bien LIZAMA Samuel Aliven “Que es el Garantismo” en Quehacer Judicial. Mayo. 2007. N° 56. Corte Suprema de Justicia. San Salvador. 2007 pp. 16 a 21

sobre derechos humanos, a los que así se proceden se les califica de jueces garantistas o hipergarantistas, que están a favor de los delincuentes y en contra de las víctimas.

Al contrario el discurso mediático ha presentado a los jueces especiales, como jueces que no responden a la ideología de jueces garantistas, y que por ende son aptos para aplicar las leyes de manera severa, por cuanto se presentan como defensores de la víctima y de la sociedad, y en tal sentido no se encuentran obligados a respetar a los acusados los derechos y garantías mínimas que le son reconocidas por normas superiores a la ley.

Ciertamente la postura asumida es simplista, lo es porque la cuestión de asegurar o no garantías y derechos no depende del criterio del juez, los límites al ejercicio del poder que ejerce el Estado los ha fijado la Constitución, y ese es el marco de dirección que predetermina la actuación de cualquier juez, un juez no está para ser defensor de imputados o de víctimas, su función es cumplir y hacer cumplir la Constitución y las leyes que por primacía de la norma primaria sean legítimas y conforme con ella.

Ñ. La Ley de Proscripción de Maras, Pandillas y organizaciones criminales

Como se ha podido apreciar hasta aquí, la intervención penal sobre las organizaciones de carácter criminal había discurrido por la clásica utilización del delito asociativo, modificado posteriormente a las agrupaciones ilícitas, y por la utilización de un marco conceptual sobre la criminalidad organizada en la parte general del Código Penal, por ello la configuración de una ley especial referida con exclusividad a las organización de agrupaciones de carácter criminal represento una nueva forma de persecución de este fenómeno criminal, aunque originalmente la ley estaba destinada con exclusividad para enfrentar la actividad criminal de las pandillas¹⁴⁸.

De tal manera que, la *ratio legislatoris* se vincula a la intervención de las organizaciones criminales, o lo que usualmente se conoce como crimen organizado, y su contenido penal, ciertamente resulta limitado, por cuanto no se trata de una ley de intervención penal en el sentido tradicional de la palabra sino de un contenido normativo más ubicado en el ámbito del derecho administrativo sancionador, pero con la particularidad que las decisiones serán aplicadas por el sistema judicial u otras instancias de la administración pública, en todo caso el énfasis de la ley, es generar inhabilitaciones sobre las personas que integren estos grupos criminales¹⁴⁹,

148. Ciertamente la propuesta inicial, discutida primero con los auspicios del Ministerio de Justicia y Seguridad, y posteriormente en la Comisión de Legislación y Puntos Constitucionales de la Asamblea Legislativa, tenía únicamente la finalidad de enfrentar el fenómeno de las pandillas en su sentido de organización criminal, sin extenderse a otro tipo de manifestación del crimen en sentido organizativo, pero al final peso más la idea de que la ley debería extenderse a todo tipo de organización criminal, sin ser exclusiva de las pandillas, aunque también estas quedarán comprendidas, y ello quedó aun graficado en el nombre de la ley que inicia como de proscripción de pandillas.

149. Así por el ejemplo el artículo 3 que genera un marco de inhabilitación mediante resolución de condena en sede penal, administrativa, civil o de otra jurisdicción y que inhabilita para pertenecer a partidos políticos, para ser

y sobre las ventajas patrimoniales que se hayan obtenido mediante la actividad ilícitas de las organizaciones criminales¹⁵⁰, también de manera bastante original se establece un ámbito de consecuencias jurídicas respecto de las personas jurídicas que presten colaboración, apoyo, financiamiento o participen de manera directa o indirecta en las actividades criminales de los grupos organizados¹⁵¹.

Es decir sobre este punto, si se quisiese hacer una comparación, la ley de proscripción de maras, pandillas, agrupaciones, asociaciones y organizaciones de carácter criminal trata de desarrollar un modelo al estilo de las consecuencias del llamado Estatuto RICO implementada en los Estados Unidos de América¹⁵², en el sentido de generar un marco de mayor intervención sobre las organizaciones criminales y con énfasis en aspectos de inhabilitación y de afectación del patrimonio, las ventajas y las ganancias que se han obtenido mediante los actos criminales directos o indirectos del crimen organizado¹⁵³.

candidato a cargos de elección popular o de segundo grado, para integrar una sociedad de carácter mercantil, ser concesionario o contratista del Estado o titular de autorizaciones o permisos emitidos por organismos oficiales, trabajar para la administración pública en cualquiera de sus ámbitos, y en cualquier manera trabajar para las agencias de seguridad privada.

150. Como en el artículo dos de la ley que genera una ilicitud de los actos jurídicos que se realicen como parte de las actividades criminales de las organizaciones delictivas, sea directamente, por sus integrantes, o por personas que actúen en su nombre, generando cualquier tipo de responsabilidad sobre la realización de los actos que se realicen, inclusive para aquellos que con conocimiento se aprovechen de las ventajas generadas por estos actos jurídicos. En igual sentido, sobre el destino de los bienes que se generen a partir de las actividades criminales y que obtengan de manera directa o indirecta, inclusive mediante la figura de la extinción del dominio, posesión o tenencia según el procedimiento sea civil, penal, o administrativo, determinándose también el destino de estos bienes a favor del Estado, y el aseguramiento precautorio de los mismos, también se incluye una nulidad sustantiva sobre los actos o contratos respecto de la disposición de bienes con la finalidad de eludir los aspectos de afectación de la propiedad sobre dichos bienes, una especie de acción pauliana pero con características específicas en estos casos para los bienes que sean originados, o derivados de las actividades delictivas de las agrupaciones organizadas con carácter criminal, eso es lo que en resumen se plantea en el artículo 4 de la ley en comentario. El aspecto financiero, es el artículo 5 el que determina los ámbitos como se intervendrán los valores, depósitos o fondos, que con origen o derivación de actividades del crimen organizado se hayan obtenido, así como los aspectos de supervisión o vigilancia de las entidades que desarrollan actividades en ese rubro.
151. Así, la intervención sobre la persona jurídica en cuanto a la derivación de responsabilidades directas en relación al delito, en este caso al delito que se comete mediante organizaciones criminales, es un ámbito novedoso en el marco del derecho sancionatorio y el de carácter penal, pues en principio rige entre nosotros y en su sentido general en el Código Penal, el principio de *societas delinquere non potest*, sin embargo, a partir de esta ley, se genera una forma de responsabilidad criminal limitada respecto de las personas jurídicas que implica la disolución de la persona moral de carácter privado, pero con la exigencia de que la persona jurídica en cuanto a sus integrantes directivos o accionistas, sean todos, los que acuerden la actuación criminal de la persona jurídica en relación a una estructura de criminalidad organizada, ello conforme al artículo 7 de la ley objeto de examen. Aunque debe señalarse que los *nuevos vientos que soplan* se esfuerzan como en el nuevo orden mundial de impulsar la responsabilidad penal de las personas jurídicas como sujetos a quien directamente se les atribuya la ejecución de ciertos delitos y que sean sancionados con penas, lo cual requiere necesariamente de un nuevo modelo de imputación acrisolado sobre la responsabilidad de las personas jurídicas y diferenciado del sistema del injusto personal.
152. El cual es un conjunto de disposiciones legales contenidas en el título Noveno de la Ley para el Control del Crimen Organizado, la misma fue emitida el 15 de octubre de 1970 y su denominación (RICO) significa *Racketeer Influenced and Corrupt Organizations* la traducción más cercana sería conjunto de disposiciones aplicables a las organizaciones corruptas o penetradas por el crimen organizado.
153. Precisamente RICO tiene por finalidad crear dichos instrumentos legales, para dotar a los actores de la investigación penal, de formulaciones legales que permitan de una manera más efectiva la intervención respecto de las organizaciones criminales, precisamente este detalle no puede pasarse por alto, porque en el derecho anglófono, la elaboración de los instrumentos normativos no deriva necesariamente de una construcción teórica preestablecida a partir de una base de principios de carácter axiológico sino que es una respuesta de reacción pragmática respecto de una realidad y ciertas condiciones que tienen que ser resueltas y por ello a diferencia de

El aspecto penal que incorpora mayor relevancia en la Ley de Proscripción de Maras, Pandillas, Agrupaciones, Asociaciones y Organizaciones de Naturaleza Criminal, es la significación de las mismas, es decir la descripción de lo que habrá de entenderse por ellas en cuanto a su sentido jurídico, sobre el cual, quizá por el origen de la ley que ya fue referido, se hace de manera ejemplificativa específicamente sobre las maras y pandillas, pero no sobre el concepto jurídico de lo que habrá que entenderse por agrupaciones, asociaciones u organizaciones, que en este aspecto sólo alcanza un parámetro de referencia que en todo caso resulta limitadísimo, por las propiedades del concepto de referencia que se utiliza¹⁵⁴.

Así, la referencia a maras o pandillas, determina un marco concreto de referencia y de carácter meramente ejemplificativo, basado en la nominación identificativa del

nuestro modelo normativo –que es sistemático– se buscan soluciones efectivas, casuísticas y prácticas; en otras palabras no se pretende una gran coherencia lógica de las disposiciones aplicables, sino únicamente su eficacia práctica, ello significa necesariamente que los márgenes de interpretación se verán necesariamente ampliados –lo cual es normal en su sentido de interpretación– a efectos de adaptar la reacción de las autoridades a las acciones concretas de la criminalidad organizacional y no necesariamente al contenido gramatical de los preceptos legales. Lo anterior no debe entenderse en el sentido que no existan restricciones interpretativas y debate sobre el alcance de los términos contenidos en la legislación especial, pero debe tenerse en cuenta que precisamente dicha extensión interpretativa es mayor de la que usualmente se utiliza en los sistemas continentales, el cual tiene un sentido más rígido de interpretación, sobre todo en el ámbito del derecho penal, en el cual campea con mayor rigor el principio de legalidad estricta, lo cual impide una flexibilización práctica en la interpretación. Y es que ciertamente la flexibilidad interpretativa también es fuente de abusos por parte de las autoridades y por ello aún en sistemas de un amplio margen como el anglófono, se entiende que no es aconsejable una indiscriminada elasticidad de las normas en su sentido de interpretación y configuración, por los abusos a los que se prestan normas de esta naturaleza. Por ello no debe obviarse que la misma doctrina estadounidense reconoce la amplitud en la aplicación de la ley RICO, con lo cual se es consciente que si bien dicho marco provee a las autoridades de una herramienta efectiva y versátil para enfrentar los diferentes fenómenos del crimen organizado, también se reconoce que dicha normativa es fuente de extralimitaciones en los procesos de actuación, y por ello, precisamente en el *common law* basándose en la doctrina del *deterrence* –en el sentido que un uso incontrolado de la normativa reduciría su impacto en los casos donde se necesita– cuando se va aplicar el estatuto se hace necesario que la acción criminal o civil sea emprendida por el gobierno federal, lo cual significa que bajo lo reglado por RICO se debe recibir aprobación previa de una dependencia específica del Departamento de Justicia y esta aprobación de actuación se concede caso a caso. Lo anterior no es ocioso el estatuto en mención no puede ser examinado fuera del contexto del sistema norteamericano, es decir desde su orden jurídico, teniendo en cuenta que en el mismo prevalecen el pragmatismo y la eficiencia por encima de la sistemática normativa o de la observancia de los principios fundamentales, al menos en el ámbito de su relación. Con lo anterior se comprende porque RICO no es ni un conjunto de disposiciones penales en su sentido dogmático, ni tampoco comprende lo que para nosotros sería un código procesal, al contrario el estatuto conforma un conjunto de provisiones legales que se superponen unas a otras aún a las ya existentes, sean estas normas en sentido estadual o federal, y mediante ellas, se permite o el incremento de las penas para los delitos ya considerados o se permite que por determinadas ofensas criminales de carácter estadual, se pueda perseguir por las autoridades federales. Por ello no es de extrañar que el estatuto RICO aprobado en 1970 haya sido reformado o adicionado en 1978, 1984, 1986, 1988 y 1989.

154. En efecto, la denominación de referencia a la llamada “Sombra Negra”, para las agrupaciones asociaciones u organizaciones de carácter criminal no es la más feliz, por cuanto dicha organización criminal, constituye un modelo de grupo de exterminio integrado por personas que ejercían funciones públicas y por personas de la comunidad social, ciertamente estos tipo de grupos como todos los que presentan características de exterminio o de limpieza social respecto de ciertas áreas de la criminalidad, es compatible con las características de grupos organizados de carácter delictivo, pero no agota la naturaleza del crimen organizado, pues las diferentes formas complejas que asumen la criminalidad organizada y otras estructuras delictivas, no coinciden con la naturaleza de un grupo de exterminio, siendo distinta su estructura y modalidad, por ello indicamos que la referencia de organizaciones y asociaciones criminales, no puede sustentarse a una remisión cerrada de un grupo criminal de exterminio; sin embargo, nuevamente el inciso segundo del artículo 1 de la L.P.M.P.A.A.O.N.C. genera un marco alterno de interpretación, pues al final del mismo se indica la aplicación de la ley a toda agrupación, asociación u organización de carácter criminal con independencia de la denominación que adopte en cuanto a su nombre criminal, pudiendo inclusive ser el grupo, la asociación u organización innominada.

grupo o la pandilla, pero sin extenderse a la materialidad de las mismas¹⁵⁵, es decir sus contenidos socio-culturales¹⁵⁶. Así la remisión que se hace es a las tradicionales agrupaciones que conocidas como maras o pandillas, se identifican mediante la denominación de Mara Salvatrucha, MS-trece, Padilla Dieciocho, Mara Máquina, Mara Mao Mao, identificadas ya como agrupaciones de orden criminal¹⁵⁷.

Como se expresó, la vinculación al concepto de mara o pandilla, no agota la determinación de la estructura en razón de su nombre, porque ello, reduciría el marco de integración en las mismas respecto de la ley, así ese carácter enumerativo se confirma a partir del inciso segundo del artículo 1 de la Ley de Proscripción, que determina únicamente que la significación de la pandilla, mara o agrupaciones, organizaciones u asociaciones de carácter criminal, no es un impedimento para la adecuación de las mismas en la ley, siempre que se agote el aspecto organizativo de una mara, pandilla u organización criminal, en el sentido estructural del concepto de crimen organizado¹⁵⁸.

Si debe señalarse, que la determinación de maras o pandillas o de organizaciones de carácter criminal, sirve de complemento a la nueva configuración del delito de agrupaciones ilícitas, por cuanto el supuesto de hecho del tipo penal previsto en el artículo 345 del Código Penal hace una remisión expresa a la Ley de Proscripción de Maras, Pandillas, Agrupaciones, Asociaciones y Organizaciones de Naturaleza Criminal, con lo cual, ambos se integran en la modalidad de leyes penales en

155. Ciertamente como se refleja en estudios iniciales sobre el fenómeno de las maras, este vocablo por sí mismo, no tenía un sentido criminógeno en la sociedad salvadoreña, y era utilizado para señalar grupos sociales con intereses compartidos, así se ha señalado: “Hasta hace pocos años la palabra MARA era utilizada en El Salvador para designar a un grupo de amigos con algún punto de coincidencia –la colonia, la escuela, la iglesia entre otros.–”. Al contrario la noción de pandilla, sí puede tener una determinación en su origen más de sentido criminal, puesto que el enfoque de pandilla es en sus inicios un fenómeno transcultural, propio de las *gangs* de origen estadounidense, y del cual se considera que se derivó el fenómeno de pandillas hacia nuestro país. Sobre este particular ver SMUTT Marcela, MIRANDA Jenny Lisette E “El Fenómeno de las Pandillas en El Salvador”. Serie Adolescencia 2. FLACSO. UNICEF. San Salvador. El Salvador. 1998 p 25 y 33 a 38. LLOBET RODRÍGUEZ Javier “Maras y Pandillas en Centroamérica” en Justicia Penal y Estado de Derecho. Homenaje a Francisco Castillo. Editorial Jurídica Continental. San José. Costa Rica. 2007 p 195.

156. Sobre este contexto cultural y social en el cual se desarrolla el fenómeno de las maras ver. CERBINO Mauro “Jóvenes en la Calle. Cultura y conflicto”. Anthropos. Barcelona. España. 2006 pp. 7 a 14.

157. Se ha señalado y no sin razón que el fenómeno de las maras o pandillas, ha evolucionado de manera compleja y acelerada en la sociedad salvadoreña, pasando de grupos juveniles que ejercían un tipo de violencia connatural a los problemas de conflicto e identidad de la adolescencia a constituir grupos estructurados y organizados cada vez más con un sentido delictivo permanente y marcadamente violento, hasta llegar a constituir en casos, una forma de crimen organizado. Sobre este aspecto señalando diversos aspectos puede verse: CRUZ José Miguel “Maras y Pandillas en Centroamérica”. Volumen IV. UCA. Editores. San Salvador. El Salvador. 2006 p 41. SAVENIJE WIN “Maras y Barras”. Pandillas y violencia juvenil en los barrios marginales de Centroamérica. FLACSO. San Salvador. El Salvador. 2009 p 53 a 59.

158. La letra del texto es la que sigue: “La presente proscripción aplica a las diferentes pandillas o maras y agrupaciones, asociaciones u organizaciones criminales, sin importar la denominación que adopten o aunque no asumieran ninguna identidad.

blanco¹⁵⁹, respecto de la inclusión de maras o pandillas en la descripción general de las agrupaciones ilícitas¹⁶⁰.

Si debe diferenciarse que la nueva tipificación como delito sobre la pertenencia a agrupaciones de carácter criminal, ahora establece diferentes segmentaciones que pueden ser ilustradas de la manera siguiente: La primera comprende las formas genéricas de agrupaciones criminales, siendo estas, la agrupación, la asociación y la organización de carácter ilícito, y la conducta delictiva radica en formar parte de cualquiera de ellas, es decir ser parte de una agrupación, asociación u organización criminal, o de carácter ilícito, si se advierte, este es un delito de aquellos que se califican como de pertenencia, tiene una propia autonomía, y es una forma de criminalización de las avanzadas en los estados previos a lesiones específicas de bienes jurídicos.

En la parte segunda del tipo penal, se determina ya la significación específica de las agrupaciones, asociaciones u organizaciones de carácter ilícito, y se agregan los requisitos que constituyen sus elementos característicos –y que las diferenciara de otras formas de participación plural en el delito– así se agregan la necesidad de: a) el carácter permanente, o transitorio de ellas; b) la integración por tres personas o más; c) el que posea al menos un grado de organización; d) teniendo como objetivo general la comisión de delitos.

A la anterior se suman otras formas organizadas de agrupaciones, asociaciones y organizaciones delictivas, que además de los requisitos anteriores, tengan como característica la utilización de formas o medios violentos para el ingreso de sus miembros, la permanencia de los mismos en la agrupación, asociación u organización, o que la violencia se utilice ante miembros que abandonen la estructura criminal, este aspecto se ha estimado como representativo de las maras o pandillas.

También se estiman como agrupaciones, asociaciones u organizaciones de carácter criminal, aquellas que aparezcan en su constitución con un fin lícito, pero que realicen conductas delictivas en cuanto a las actividades que realizan, digamos que este esfuerzo trata de criminalizar en cuanto forma de aprovechamiento a las personas jurídicas de distinta índole, las cuales son utilizadas para cometer delitos, al menos en este aspecto debería hacerse una interpretación restrictiva, en el sentido

159. Las leyes penales en blanco son aquellas, en las cuales el supuesto de hecho de la norma penal que constituye el delito, no se encuentra completamente descrito, y para tener por completa la conducta criminal, debe remitirse a una norma diferente, la cual complementa la conducta, si la remisión de la norma es a otra de igual jerarquía –es decir ley en sentido formal– se dice que se trata de una norma penal en blanco impropia, el cual es el caso que nos ocupa, puesto que el artículo 345 inciso segundo parte final del Código Penal, para completar el tipo de organizaciones de carácter criminal hace un reenvío a la ley de proscripción de maras y pandillas, señalando una remisión expresa, característica esencial de las normas penales en blanco, aunque por la remisión a una fuente de la misma jerarquía no se compromete la legalidad. SÁNCHEZ ESCOBAR Carlos Ernesto “Límites Constitucionales al Derecho Penal”. Consejo Nacional de la Judicatura. Agencia Española de Cooperación Internacional. San salvador. El Salvador. 2004. p 87.

160. En efecto, el artículo 345 en su inciso segundo en lo pertinente reza: “[...] y las mencionadas en la Ley de Proscripción de Maras, Pandillas, Agrupaciones, Asociaciones y Organizaciones de Naturaleza Criminal”.

que las personas morales que puedan constituir una agrupación, asociación u organización de carácter criminal, son aquellas que *ad-hoc* son creadas para cometer delitos mediante su utilización de fachada, aunque claro está en la constitución de las mismas, los fines que se declaren aparezcan como lícitos, ello es importante, para no extender en demasía la punibilidad respecto de personas jurídicas en las cuales se comente delito mediante el uso de su actuación jurídica, pero las cuales no han sido creadas *ex profeso* para ser instrumentos de fachada del crimen organizado.

Por último la remisión que se hace como complemento es a las agrupaciones, asociaciones u organizaciones que se mencionan en la Ley de Proscripción de Maras, Pandillas, Agrupaciones, Asociaciones y Organizaciones de Naturaleza Criminal, con lo cual las denominadas Mara Salvatrucha, MS-trece, Padilla Dieciocho, Mara Máquina, Mara Mao Mao, pasarían a integrar las agrupaciones de carácter ilícito, para lo cual también deben concurrir los elementos integradores generales de las mismas, en igual sentido, los grupos de exterminio quedarían comprendidos por la referencia que la ley de la materia hace a la denominada sombra negra, y en general también quedarían comprendidas a todo tipo de agrupación, asociación u organización que integre los elementos constitutivos de las agrupaciones ilícitas, es decir, aquellos, que tengan un carácter permanente, o transitorio, pero con esa proyección de permanencia; que se encuentren integrados por al menos tres o más personas; que tengan al menos un grado de organización, lo cual remite al aspecto de estructuración, para constituir una agrupación criminal y dependerá de la complejidad de la estructura, el tipo de grupo criminal que se constituye, y definitivamente el objetivo general la comisión de delitos.

La legislación penal de carácter extraordinario, puede ser calificada como una forma radical de intervención penal, en muchos de los casos su configuración ha significado un desmedro importante de las garantías penales y procesales, pareciera ser que las opciones por este tipo de legislaciones son cíclicas en el país, de acuerdo a las necesidades más políticas que de sentido, en la forma de enfrentar el fenómeno del crimen, lo anterior no significa que no pueda originarse la creación y vigencia de normativas especiales, el aspecto fundamental a cuidar, es que estas leyes con un carácter excepcional no signifiquen el desmantelamiento del Estado Constitucional de Derecho, de lo contrario tales leyes sólo significaran un abuso de legalidad, y debe recordarse que *lex iniusta non est lex*.

Bibliografía

- AZPEITIA GARCÍA B. y MARTIN PALOMO T. “Las mujeres víctimas de la violencia de género. Manual de Intervención social. Comunidad de Madrid. Dirección General de la Mujer. Madrid. España. 2002.
- BARATTA Alessandro “Funciones instrumentales y simbólicas en el derecho penal: Una discusión en la perspectiva de la criminología crítica” en Memoria Criminológica N° 1. Criminología y Sistema Penal. *In memoriam Alessandro Baratta*. B de F. Buenos Aires. Argentina. 2004.
- BARATTA Alessandro “Nuevas reflexiones sobre el modelo integrado de las ciencias penales, la política criminal y el pacto social” en Memoria Criminológica N° 1. Criminología y Sistema Penal. *In memoriam Alessandro Baratta*. B de F. Buenos Aires. Argentina. 2004.
- BARATTA Alessandro “Política Criminal: Entre la política de seguridad y la política social” en Memoria Criminológica N° 1. Criminología y Sistema Penal. *In memoriam Alessandro Baratta*. B de F. Buenos Aires. Argentina. 2004.
- BARATTA Alessandro “Principios de Derecho Penal Mínimo (Para una teoría de los derechos humanos como objeto y límite de la ley penal)” en Memoria Criminológica N° 1. Criminología y Sistema Penal. *In memoriam Alessandro Baratta*. B de F. Buenos Aires. Argentina. 2004.
- BENHABIB S. CORNELL D. “Teoría Feminista y teoría crítica. Alfons el Magnanim. Valencia. España. 1990.
- CADAVID QUINTERO Alfonso “Introducción a la Teoría del Delito”. Especial consideración a los fundamentos del delito imprudente. Editorial DIKE. Medellín. Colombia. 1998.
- CERBINO Mauro “Jóvenes en la Calle. Cultura y conflicto”. Anthropos. Barcelona. España. 2006.
- CRUZ José Miguel “Maras y Pandillas en Centroamérica”. Volumen IV. UCA. Editores. San Salvador. El Salvador. 2006.
- DALL’ANESE Francisco, FERNÁNDEZ Rosario, GATGENS Erick “Omisión impropia”. Editorial Jurídica Continental. San José. Costa Rica. 2001.
- DE LA BARREDA SOLÓRZANO Luis “Abolir la prisión: un canto de sirena” en “Criminalía”. Año LVIII, enero-abril. N° 1. México. 1992.

- DEL ROSAL BLASCO, Bernardo “¿Hacia el Derecho penal de la postmodernidad?”, en Revista electrónica de ciencias penales y criminología, Revista Electrónica de Ciencias Penales y Criminología. 11-08 (2009).
- ELBERT Carlos Alberto “Manual Básico de Criminología”. Eudeba. Primera edición Buenos Aires. Argentina. 1998.
- FERRAJOLI Luigi “Derecho y razón. Teoría del garantismo penal”. Editorial Trotta. Madrid. España. 1997
- FERRAJOLI Luigi “Derecho Penal Mínimo y Bienes Jurídicos Fundamentales” en Revista de Ciencias Penales Número 5. Marzo-1992. ABC Editores. San José. Costa Rica. 1992.
- FERRAJOLI Luigi “Democracia y Garantismo”. Editorial Trotta. España. Madrid. 2010.
- GARLAND DAVID “La cultura del control. Crimen y orden social en la sociedad contemporánea”. Editorial Gedisa. Barcelona. España. 2001.
- GASCÓN ABELLÁN, MARÍA “La teoría general del garantismo: rasgos principales» en CARBONELL, MIGUEL SALAZAR, Pedro (edit.), Garantismo. Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli”. Editorial Trotta. Madrid. España. 2005.
- GIANFORMAGGIO Leticia “Las razones del garantismo. Discutiendo con Luigi Ferrajoli,”. Temis. Bogotá. Colombia. 2008
- HASSEMER Winfried “Fundamentos del Derecho Penal”. Traducción de Francisco Muñoz Conde y Luis Arroyo Zapatero. Bosch. Barcelona. España, 1988.
- KAYBER Marijon “Sobre el potencial incriminador de los principios limitadores del derecho penal. Competencias penales en las cuestiones del aborto. Traducción de Ramón Ragués I. Vallés en La Insostenible Situación del Derecho Penal. Editorial. Comares. Granada. España. 1999.
- KESSLER Gabriel “Sociología del delito amateur”. Paidós. Buenos Aires. Argentina. 2004.
- LAGARDE Y DE LOS RÍOS Marcela “Marco conceptual y política sobre femicidio” en Primer Seminario Regional sobre femicidio/feminicidio. El Derecho de las mujeres a una vida libre de violencia. San Salvador. Marzo 2007.

- LAURRARI PIOJAN Elena “Fundamentos de Política Criminal en “Ciencias Penales. Monografías. Consejo Nacional de la Judicatura. Escuela de Capacitación Judicial. San Salvador. El Salvador. 2000.
- LIZAMA Samuel Aliven “Que es el Garantismo” en Quehacer Judicial. Mayo. 2007. N° 56. Corte Suprema de Justicia. San Salvador. El Salvador. 2007.
- LLOBET RODRÍGUEZ Javier “Cesare Beccaria y el Derecho Penal de Hoy” Segunda edición. Editorial Jurídica Continental. San José. Costa Rica. 2005.
- LLOBET RODRÍGUEZ Javier “Maras y Pandillas en Centroamérica” en Justicia Penal y Estado de Derecho. Homenaje a Francisco Castillo. Editorial Jurídica Continental. San José. Costa Rica. 2007.
- MÉNDEZ Ernesto “Estadísticas, limitaciones y retos de la medicina forense en relación al feminicidio” en Primer Seminario Regional sobre Femicidio/ Feminicidio. El derecho de las mujeres a una vida libre de violencia” I Informe Regional: Situación y análisis del femicidio en la región centroamericana. San José. Costa Rica. 2006.
- MOCCIA Sergio “De la Tutela de Bienes a la Tutela de Funciones. Entre ilusiones postmodernas y reflujos iliberales. Traducción de Ramón Ragues Valls en “Política Criminal y Nuevo Derecho Penal”. Libro Homenaje a Claus Roxin. J. M. Bosch. Barcelona. España. 1997.
- MONCLÚS MASÓ Marta “Las garantías jurisdiccionales en la fase ejecutiva del proceso penal. Una perspectiva histórico-comparada en Garantías Penales y Procesales. Enfoque histórico-comparado. Edmundo S. Hendler comp. Editores del Puerto. Buenos Aires. Argentina. 2001.
- MONTERO SOLER Alberto TORRES LÓPEZ Juan “La economía del delito y de las penas”. Un análisis crítico. Comares. Granada. España. 1998.
- MORA MORA Luis Paulino, NAVARRO SOLANO Sonia “Constitución y Derecho Penal”. Corte Suprema de Justicia. Escuela Judicial. San José. Costa Rica. 1995.
- NESTLER Cornelius “El principio de protección de bienes jurídicos y la punibilidad de la posesión de armas de fuego y de sustancias estupefacientes”. Traducción de Guillermo Benlloch Petit en La Insostenible Situación del Derecho Penal. Editorial. Comares. Granada. España. 1999.
- PASTOR Daniel R. “La deriva neopunitivista de organismos y activistas como causa del desprestigio actual de los derechos humanos” en Nueva Doctrina Penal. 2005/A. Editores del Puerto. Buenos Aires. Argentina. 2005.

- PASTOR Daniel R. “Recodificación penal y principio de reserva de código”. AD-HOC. Buenos Aires. Argentina. 2005.
- PÉREZ PINZÓN Álvaro Orlando “Introducción al Derecho Penal”. Señal Editora. Medellín. Colombia. 1998.
- ROTMAN Edgardo “La Prevención del Delito”. IJSA. San José. Costa Rica. 1998.
- RUSSELL Diana, RADFOR Jill “Feminicidio”. La política del asesinato de mujeres. UNAM. México. 2006.
- SALAS Karla Michelle “Campo Algodonero vs El Estado de México” en Conversatorio sobre la Sentencia de Campo Algodonero de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Red Feminista Frente a la Violencia contra las Mujeres. Julio 2010.
- SÁNCHEZ ESCOBAR Carlos Ernesto “Límites Constitucionales al Derecho Penal”. Consejo Nacional de la Judicatura. Agencia Española de Cooperación Internacional. San salvador. El Salvador. 2004.
- SANTORO Emilio “Cárcel y sociedad Liberal”. Temis. Bogotá. Colombia. 2008.
- SAVENIJE WIN “Maras y Barras”. Pandillas y violencia juvenil en los barrios marginales de Centroamérica. FLACSO. San Salvador. El Salvador. 2009.
- SILVA SÁNCHEZ JESÚS MARÍA “Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo”. J.M. Bosch. Editor. Barcelona. España. 1992.
- SILVA SÁNCHEZ JESÚS MARÍA “Política Criminal y Persona”. AD-HOC. Buenos Aires. Argentina. 2000.
- RIVERA BEIRAS Iñaki “Política Criminal y Sistema Penal. Viejas y nuevas racionalidades punitivas”. Anthopos Editorial. Rubi-Observatorio del Sistema Penal y los Derechos Humanos de la Universidad de Barcelona. España 2005.
- SMUTT Marcela, MIRANDA Jenny Lissette E “El Fenómeno de las Pandillas en El Salvador”. Serie Adolescencia 2. FLACSO. UNICEF. San Salvador. El Salvador. 1998.
- VIRGOLINI Julio E. S. “Crímenes Excelentes”. Delitos de cuello blanco, crimen organizado y corrupción. Editores del Puerto. Buenos Aires. Argentina. 2004.

VOGEL-POLKY Eliane “Las acciones positivas y los obstáculos legislativos y constitucionales que dificultan su realización en los Estados miembros del Consejo de Europa. Comité Europeo para la igualdad entre mujeres y hombres del Consejo de Europa. Estrasburgo. 1989.

WACQUANT Loïc “Las Cárceles de la Miseria”. Ediciones Manantial. Buenos Aires. Argentina. 2000.

ZAFFARONI Eugenio Raúl “La Globalización y las actuales orientaciones de la Política Criminal” en Nueva Doctrina Penal. 1999-A. Editores del Puerto. Buenos Aires. Argentina. 1999.

ZAFFARONI Raúl Eugenio “El Enemigo en el derecho penal”. Grupo Editorial Ibáñez. Bogotá. Colombia. 2006.

ZAFFARONI Raúl, ALAGIA Alejandro, SLOKAR Alejandro “Derecho Penal”. Parte General. Ediar. Buenos Aires. Argentina. 2000.

Comentarios a la Jurisprudencia Constitucional relacionada con los delitos de narcotráfico

Martín Alexander Martínez Osorio

SUMARIO

I. Introducción. II. Tipos Penales en Blanco y la Tesis de la Delegación Normativa Complementaria. III. La Duplicidad Sancionatoria de la Pena de Prisión y Multa que contempla la LERARD. IV. La Distinción entre Posesión de Droga para Auto-Consumo y para Tráfico. V. La Prohibición Legal de Dictar la Suspensión Condicional de la Ejecución de la Pena en los Delitos contemplados en la LERARD. VI. La Detención Provisional y su Aplicación en los Delitos Relativos al Narcotráfico. VII. Conclusiones. VIII. Bibliografía.

I. Introducción

Como sostiene BACIGALUPO, la inquietud que genera el problema social del tráfico de drogas tóxicas, estupefacientes y psicotrópicos alcanza tal intensidad que, con frecuencia, la cuestión criminológica y político-criminal relega la cuestión meramente jurídico-penal¹⁶¹. A ello podríamos agregarle que también los aspectos de aplicación del derecho vigente, resultan también relegados cuando adicionalmente se examina la constitucionalidad de los productos legislativos en la materia¹⁶². Y no es para menos, luego de la promulgación de una nueva LERARD mediante el Decreto Legislativo n° 153 de 2003, se han efectuado cuatro reformas con particular interés en el art. 34 que tipifica penalmente la posesión y tenencia de drogas. A dicho artículo se le efectuaron al menos dos modificaciones mediante los Decretos Legislativos n° 215/2003 y n° 253/2004 en lo relativo al castigo por la tenencia y posesión de cantidades menores y mayores de dos gramos.

En relación a todo ello, nuestra SC ha tenido la oportunidad de pronunciarse en doce ocasiones sobre diferentes aspectos comprendidos en la LERARD o conexos con la misma, los cuales –de forma sintética– pueden enumerarse de la siguiente manera: (a) la estructura del tipo penal como norma penal en blanco; (b) la duplicidad sancionatoria que posee cada uno de los delitos comprendidos en dicha ley –prisión y multa como penas principales–; (c) la posesión y tenencia de drogas para auto-consumo y la que resulta preordenada al tráfico; (d) la imposibilidad de aplicar en estos casos la suspensión condicional de la ejecución de la pena (art. 71

161. Sobre la perspectiva criminológica, véase: DEL OLMO, “Las drogas y sus discursos”, en: A.A.V.V., *De las penas*, Edit. Depalma, 1997, Págs. 141-158.

162. BACIGALUPO, *Estudios sobre la parte especial del Derecho penal*, Edit. Akal, Madrid, 1991, Pág. 133.

LERARD)¹⁶³; y, (e) la prohibición de modificar el régimen de la detención provisional conforme lo estipula el art. 331 párrafo 2° CPP¹⁶⁴.

Conviene entonces analizar y comentar los alcances de lo expuesto por nuestro máximo intérprete de la Constitución¹⁶⁵.

II. Tipos penales en blanco y la tesis de la delegación normativa complementaria

El contraste de los arts. 33 y 34 LERARD con el principio constitucional de legalidad se efectuó primeramente en la sentencia de 11-IX-2007 –Inc. 27-2006–. Al respecto, en el fallo se afirma que el principio de legalidad es una derivación conceptual de la seguridad jurídica, que consiste en la sujeción del ejercicio de las potestades públicas al ordenamiento jurídico, todo ello como un pilar fundamental que da vida al Estado de Derecho. En tal sentido, la SC sostiene que en materia penal el referido principio adquiere connotaciones más acentuadas que en las otras ramas jurídicas, en razón de los intereses que son puestos en juego: la protección de los diversos bienes jurídicos –individuales y colectivos– de la ciudadanía en general, y el derecho fundamental a la libertad –y otros conexos–, de los cuales puede verse privado quien resulte involucrado en un hecho delictivo.

En la sentencia de 4-IV-2008 –Inc. 40-2006– se sostuvo que el referido principio tiene dos vinculaciones específicas en la materia criminal: (a) una sustantiva: sólo pueden ser considerados delitos o faltas aquellos hechos taxativamente tipificados como tales en una ley anterior o previamente determinada; y, (b) en su vinculación procesal: sólo resulta posible declarar la existencia de una infracción penal en función de unos hechos definidos como tales en un proceso legalmente establecido¹⁶⁶.

En el ámbito de la creación y aplicación del ordenamiento jurídico penal, el principio de legalidad comporta cuatro dimensiones: (a) *nullum crimen, nulla poena sine lege praevia*; (b) *nullum crimen, nulla poena sine lege scripta*; (c) *nullum crimen, nulla poena sine lege stricta*; y (d) *nullum crimen, nulla poena sine lege certa*. Es decir, la prohibición

163. “Art. 71.- Los imputados de cualquiera de los delitos a que se refiere esta Ley, no gozarán del beneficio de excarcelación ni de la suspensión condicional de la ejecución de la pena”.

164. Art. 331.2.- “[n]o procederá aplicar medidas alternas ni sustituir la detención provisional, en los delitos siguientes: homicidio simple, homicidio agravado, secuestro, delitos contra la libertad sexual, robo agravado, extorsión, defraudación a la economía pública, comercio de personas, tráfico ilegal de personas, trata de personas, desórdenes públicos, delitos contemplados en la Ley Reguladora de las Actividades Relativas a las Drogas y los delitos contemplados en la Ley contra el Lavado de Dinero y de Activos”.

165. Las sentencias que serán comentadas son las pronunciadas el 11-IX-2007 –Inc. 27-2006–; 12-IV-2007 –Inc. 28-2006–; 4-IV-2008 –Inc. 40-2006–; 29-VII-2009 –Inc. 92-2007–; 14-IX-2011 –Inc. 37-2007–; 3-X-2011 –Inc. 11-2007–; 16-XI-2012 –Inc. 70-2006– y los Autos de 09-III-2011 –Inc. 5-2011–, 24-III-2012 –Inc. 47-2012–; 08-VIII-2012 –Inc. 49-2012–; 05-X-2012 –Inc. 84-2012– y 30-XI-2012 –Inc. 137-2012–.

166. En tal sentido se sostuvo: “...el principio de legalidad rige también a la estructuración de los procesos, cuya tramitación debe ser previamente determinada legalmente, pero sobre todo respetando los derechos y principios constitucionales, así como los derechos, obligaciones y cargas procesales de las partes del mismo, en cualquier instancia y en cualquier grado de conocimiento; pues el conjunto de garantías penales quedaría incompleto si no es acompañado por un conjunto correlativo de garantías procesales”.

de la retroactividad de la ley penal, la reserva de ley, la prohibición de la analogía como fuente creadora de delitos y mandato de taxatividad y determinación de las prohibiciones penales.

Un sub-principio derivado del de legalidad, es el referido a la taxatividad y certeza en cuanto a la formulación de las leyes penales, y al efecto se ha señalado –siguiendo el precedente establecido en la sentencia de 1-IV-2004, Inc. 52-2003– que los preceptos penales deben ser claros y precisos en cuanto a la descripción de la materia de prohibición, garantizando con ello el estricto sometimiento del juez a la ley penal, vedando todo margen de arbitrio o de discrecionalidad en su aplicación así como una interpretación analógica de la misma; así también, la seguridad del ciudadano, en cuanto a la certeza que la ley penal le permite programar sus comportamientos sin temor a posibles condenas por actos no tipificados de forma previa y claramente. En otras palabras, “...el mandato de taxatividad o certeza, (...) se traduce en la necesaria predeterminación normativa de las conductas punibles y de sus correspondientes sanciones –en su versión sustantiva– y de las autoridades, procedimientos y competencias –en su versión procesal–”. Prohibiendo entonces que en la sustanciación de los procesos penales se utilicen conceptos oscuros e inciertos, que puedan inducir a la arbitrariedad.

Bajo tales coordenadas, entran en discusión los denominados *tipos penales en blanco*, es decir, aquellas disposiciones penales que requieren de la complementación de otros preceptos que regularmente no tienen la misma naturaleza penal, sino que pertenecen a otra materia jurídica –familiar, ambiental, seguridad vial, administrativa, entre otros.–¹⁶⁷. En este punto, la SC siguiendo al jurista chileno Enrique CURY las define como “...toda aquella disposición que remite el complemento de un precepto a una disposición distinta cualquiera que sea su origen y ubicación de esta última”¹⁶⁸. De acuerdo a ello, se distinguen entre *normas penales en blanco impropias* cuando el reenvío acontece a preceptos que se encuentran en el mismo rango legal –Código Penal con el Código de Familia– y *normas penales en blanco propias* cuando el complemento se encuentra en una norma de rango inferior –v.gr. un reglamento–. De igual forma, se habla de *normas penales en blanco stricto sensu* cuando la complementación se efectúa en el supuesto de hecho y *normas penales en blanco “al revés”* cuando la conducta prohibida está plenamente descrita, más no la consecuencia jurídica cuya determinación requiere de otra norma.

La SC es consciente que la técnica de los tipos penales en blanco puede generar roces con el mandato de certeza e igualmente con el principio constitucional de reserva de ley formal en relación con los preceptos penales. Sin embargo, ella resulta admisible excepcionalmente –y particularmente en relación con una complementación de carácter reglamentario– siempre que la naturaleza de la materia así lo exija y se “describa de forma clara, precisa y inequívoca la conducta penalmente sancionada,

167. Al respecto, MUÑOZ CONDE, *Introducción al Derecho penal*, 2º Ed., Edit. B de F, Montevideo, 2001, Págs. 48-56.

168. CURY, *La ley penal en blanco*, Edit. Temis, Bogotá, Pág. 39.

no pudiendo dejar su indeterminación absoluta o completa a una autoridad distinta, particularmente de inferior rango”¹⁶⁹. En tal sentido –y haciendo referencia a una sentencia emitida por el TC– la SC considera que el reenvío a disposiciones infra-legales es constitucionalmente válido si se cumplen las siguientes condiciones: (a) que el reenvío sea expreso y esté justificado en razón del bien jurídico protegido; y (b) que el tipo penal contenga la pena y el núcleo esencial de la materia de prohibición, satisfaciendo con ello la exigencia de certeza. Reenvío que en materias diferentes a la penal debe referirse a aspectos eminentemente complementarios, más no principales.

Con lo expresado, la SC se adhiere a la tesis doctrinal y jurisprudencial conocida como “delegación normativa complementaria” entre el Derecho penal y otros sectores del sistema jurídico particularmente del Derecho administrativo. Así, en las sentencias dictadas el 29-VII-2009 y 3-X-2011 –Incs. 92-2007 y 11-2007 respectivamente– se sigue profundizando en tal argumentación –es decir, que la formulación de normas penales en blanco no es *per se* inconstitucional– ya que si la protección penal del bien jurídico se encuentra inexorablemente relacionada con aquellos sectores sociales cuya regulación jurídica no puede permanecer estática, debe atenderse a ello.

Así se sostuvo en el último fallo citado, en cuanto a que el Derecho penal “no puede aspirar a una regulación absolutamente independiente del resto de sub-órdenes jurídicos, sino que requiere necesariamente su complementación con la regulación administrativa pertinente, a fin de evitar conductas que lesionen o pongan en peligro bienes jurídicos personales o de la comunidad. Por ende, el carácter accesorio de esta normativa en ciertos tipos penales (en relación con disposiciones administrativas más específicas) se muestra razonable en orden a la protección integral de una sociedad cada vez más compleja, y donde deben entrar a funcionar primeramente mecanismos relativamente menos severos, como los que reporta el ámbito administrativo sancionador, y en última instancia el ejercicio del Derecho penal en un sentido fragmentario y subsidiario”¹⁷⁰.

Finalizan los considerandos indicando que esa técnica de la delegación normativa complementaria entre el Derecho administrativo y el Derecho penal, se muestra acorde con la función constitucional de protección tanto del individuo como de la colectividad en general, particularmente en aquellos ámbitos sensibles a producir perjuicios de difícil cuantificación. Por ende, esa habilitación a la Administración

169. En el Considerando VII.2 de la referida sentencia se sostiene: “[s]in embargo, como se ha relacionado en lo relativo a las leyes penales en blanco, en algunas ocasiones –y con regularidad con relación al comportamiento típico– el complemento de la materia de prohibición queda entregado a una autoridad de rango inferior a aquella competente para crear leyes (...). Ello no resulta *per se* inconstitucional, pues como ha sido ampliamente detallado, si la protección penal del bien jurídico se encuentra se encuentra inexorablemente relacionada con aquellos sectores sociales cuya regulación jurídica no puede permanecer estática y, además, si el núcleo de la prohibición penal aparece claramente detallado en el tipo teniendo el reenvío un carácter expreso y netamente complementario, tal técnica legislativa se encuentra dentro de los ámbitos de admisibilidad”.

170. Considerando II de la Sentencia de 3-X-2011 –Inc. 11-2007–.

en cuanto a la complementación accesoria –más nunca esencial– de los elementos del tipo penal, es válida siempre y cuando se realice “bajo determinadas condiciones”, entre las cuales se encuentran que el núcleo de la prohibición penal aparezca claramente detallado en el tipo y donde el reenvío tenga un carácter expreso y netamente complementario, sin que pueda ser determinado de forma total por una autoridad distinta al legislativo mediante normas de rango inferior¹⁷¹.

Tales consideraciones genéricas demuestran entonces la admisibilidad excepcional del uso de tipos penales en blanco por parte del legislador salvadoreño, aún en el caso de aquellos preceptos extrapenales que complementen tanto el supuesto de hecho y la consecuencia jurídica, como acontece en los 23 delitos de la LERARD, en los que la utilización de normas penales en blanco al “revés” resulta aceptable por razones de conveniencia práctica y de conocimiento general por parte de la población, en el caso que hagan referencia al salario mínimo como unidad económica aceptable para cuantificar la multa.

Sin embargo, la sanción pecuniaria contemplada en los arts. 33 y 34 LERARD se consideró inconstitucional, en la medida que no se precisaba cuál salario mínimo de los contemplados en el Decreto Ejecutivo n° 83 de 23-VIII-06, era el que debía complementar los referidos tipo penales. Y ello es así porque, el reenvío expreso a un precepto no penal –con la cual se integra la consecuencia jurídica– debe “encontrarse estipulado en forma precisa e inequívoca, aun cuando se trate de materia administrativa como la reglamentaria”.

Considera el tribunal constitucional, que existió una excesiva indeterminación del rubro económico que debería ser tenido en cuenta para la integración de la sanción penal, ofreciendo un ámbito de discrecionalidad judicial difícilmente justificable y que conlleva una afectación a la seguridad jurídica¹⁷².

Dicho criterio se ha mantenido, como posteriormente destaca el auto de improcedencia dictado el 9-III-2011, Inc. 5-2011, en el que se repiten literalmente todas las consideraciones anteriormente expuestas.

III. La duplicidad sancionatoria de pena de prisión y multa que contempla la Lerard

En la sentencia de 11-IX-2007 –Inc. 27-2006– la SC hace importantes consideraciones acerca de la multa como sanción penal. Al respecto –siguiendo al profesor alemán Heinz ZIPF– la define como una intervención en el patrimonio del penado, realizada en el ejercicio de la soberanía estatal, cuya medida se especifica en dinero. En otras palabras, la multa es una pena que consiste en el pago de una cantidad de dinero. Definición muy similar a la que se encuentra en el núm. 4° del art. 45 CP.

171. *Ibid.*

172. Considerando II de la sentencia de 3-X-2011 –Inc. 11-2007–.

Ahora bien, en cuanto a su determinación abstracta por parte del legislador, la SC reconoce que nos encontramos ante un ámbito donde el legislador tiene una amplia libertad de configuración en orden tanto a la gravedad del hecho como a la culpabilidad del autor. Y conforme a ello, puede variarse la respuesta penológica, de acuerdo al valor del bien jurídico protegido, la intensidad del ataque, la intención revelada por el agente, y aún la gravedad del resultado. De ahí que, la diferente variedad de delitos regulados en los catálogos penales generales y especiales no pueden tener una misma pena. Aunado a lo anterior, un aspecto importante a considerar a la hora de valorar la gravedad de la pena, son las finalidades preventivo generales que se persiguen en esta sede, y que en el caso de los delitos relativos al narcotráfico –por su forma altamente organizada de ejecución– requieren una respuesta sancionatoria considerable.

Sin embargo, existen dos límites que tales respuestas deben tener, la proporcionalidad y el ideal resocializador, que deben buscarse tanto en su imposición como en su ejecución. En tal sentido, la gravedad de la pena de multa no puede entorpecer el proceso de ejecución penitenciaria, y constituirse en un obstáculo para la reinserción.

Esta consideración fue la que llevó a la declaratoria de inconstitucionalidad del art. 76 CP que literalmente señalaba: “[c]uando la pena principal sea conjuntamente de prisión y multa, aquella no podrá sustituirse por ésta. En este caso, se aplicará simultáneamente la pena de multa y aquella otra que sustituya a la de prisión, cuando procediere”.

En la sentencia de 3-X-2011, Inc. 11-2007, se relacionó el tema de la aplicación de dos penas principales ante un mismo hecho tipificado en la LERARD, esto es pena de prisión y multa. Al respecto, se afirmó que el legislador tiene un ámbito de libre configuración en la modulación de la sanción de acuerdo con la gravedad del hecho y con la culpabilidad del autor, según las consideraciones político-criminales que estime convenientes. Y ello puede generar el establecimiento de una escala de pena significativamente distinta entre los tipos de delitos o la imposición de la pena privativa de libertad junto con la multa como pena principal conjunta, sin que ello sea inconstitucional.

Agrega la sentencia, que cuando el órgano emisor de la norma justifica tal dupla sancionatoria en la consecución de ciertas finalidades de tipo preventivo-general –ya que de forma regular las actividades del narcotráfico se realizan mediante el concurso de redes criminales organizadas nacional e internacionalmente–, esa exasperación del rigor sancionatorio resulta razonable. Mucho más cuando las actividades relacionadas al tráfico de drogas reportan un grave daño a la salud de la comunidad en general. No obstante, cuando la multa aparezca como pena conjunta con la de prisión, ella no puede generar efectos desocializadores ni desproporcio-

nados, en el sentido de constituirse en un obstáculo insalvable para la reincorporación del penado a la comunidad en el caso de su impago¹⁷³.

IV. La distinción entre posesión de droga para auto-consumo y para tráfico

El análisis de los párrafos 1° y 2° del art. 34 LERARD, los cuales castigan la posesión y tenencia de cantidades menores y mayores de dos gramos de semillas, hojas, florescencias, plantas –o parte de ellas– o drogas ilícitas, se efectuó en la sentencia dictada el 16-XI-2012 –Inc. 70-2006–.

En primer lugar, se sostuvo que el derecho de libertad configura una faceta interna, individual e íntima que integra un ámbito irrestricto, ilimitado e incoercible; el cual no está sujeto a injerencia exterior o control por parte de los poderes públicos. Sin embargo, la libertad cuenta también con una faceta externa, que incluye la adopción de actitudes y conductas. Y estas últimas resultan castigables desde el momento en que su ejercicio trascienda la esfera personal mediante el uso de medios lesivos violentos o que pongan en peligro a otros.

La referida sentencia también expone, que la autodeterminación moral implica que cada individuo es libre de establecer su propio proyecto de vida y reconoce un espacio sustancial, inmune a la coerción externa –proveniente de otras voluntades–. Ello implica para el Estado la adopción de una actitud de neutralidad y tolerancia frente a las perspectivas morales de cada individuo, mientras ese comportamiento no se traduzca en forma concreta en un daño para otro.

Esta premisa tiene una decisiva trascendencia en el ámbito de la criminalización de comportamientos por parte del legislador, “...la regulación de la conducta de las personas, y con mayor razón la regulación más intensa en los derechos fundamentales del individuo –la conminación penal– debe limitarse a las conductas que tienen efectos en la órbita de acción de otra u otras personas. Por ende, la inexistencia de riesgos o daños a terceros, supone conductas que únicamente pueden ser evaluadas por la moral, pero nunca por el Derecho”.

Por otra parte, el principio constitucional de lesividad prescribe la necesidad de que la conducta suponga un efectivo o probable riesgo de lesión a un bien jurídico-penal, por ende, las conductas que suponen un escaso desvalor de acción o de resultado deben quedar fuera del castigo penal, sea por la insignificancia del riesgo o por ser de carácter autorreferentes –es decir, sin trascendencia a terceros–¹⁷⁴.

173. Criterio que fue reproducido de forma íntegra en el Considerando II de la sentencia de 16-XI-2012 –Inc. 70-2006–.

174. La idea también es compartida por cierto sector doctrinal que advierte en este tipo de decisiones constitucionales una causa jurídico-constitucional de exclusión del tipo penal, por encontrarnos ante un riesgo mínimo y social aceptado. Particularmente así opina WOLTER, cuando sostiene: “[...]el punto de apoyo constitucional para la declaración de atipicidad sobre la base de una causa de exclusión del tipo está constituido por el contenido esencial de la libertad de actuación del autor. Este contenido esencial de la libertad está regulado en el artículo

Y, por último, conviene tener en cuenta que la trascendencia social del bien jurídico, su lesión o puesta en peligro –lesividad–, así como la modalidad subjetiva demostrada por el agente –concurrencia de dolo o culpa–, son los parámetros objetivos y legítimos para graduar la proporcionalidad que la pena debe tener, además de la finalidad preventiva que ha de perseguirse con la conminación.

Conforme a tales parámetros, la SC llega a efectuar un deslinde entre las conductas pre-ordenadas al tráfico –punibles– y las relativas al consumo –impunes– y en las que la cantidad de droga incautada es un elemento importante, más no el único para efectuar tal distinción¹⁷⁵. Para complementar el examen deben tenerse en cuenta al menos tres aspectos: (a) los relativos a la droga encontrada; (b) los relativos a su forma de ocupación; y (c) los relativos a su poseedor. Circunstancias necesarias a fin de comprobar el elemento subjetivo del tipo: *ánimo de tráfico*.

En tal sentido, y para mayor abundamiento, los elementos que el juez debe considerar en el caso concreto son los siguientes: (1) el tipo de drogas; (2) el grado de pureza; (3) la nocividad –es decir, la distinción entre drogas “blandas” y drogas “duras”–; (4) la presentación de la droga; (5) la variedad; (6) la ocupación conjunta de varias sustancias; (7) la forma de ocultación; (8) la condición de drogodependiente o no del poseedor; (9) el uso de una falsa identidad del que la tiene; (10) la tenencia de instrumentos o material relacionado para la elaboración o distribución de la droga; (11) el hallazgo de dinero en cantidades inusuales para la capacidad económica del procesado; y (12) el lugar y el momento en que se ha realizado la ocupación de la droga, entre otros.

Es procedente resaltar, que la SC ha incluido un elemento subjetivo no comprendido en la redacción de los supuestos típicos comprendidos en los párrafos primero y segundo del art. 34 LERARD –aunque sí en el tercero– y es el relativo al “ánimo de traficar”¹⁷⁶. Se trata de un *elemento de tendencia interna trascendente*, el cual –aunque no se encuentre explícitamente dentro del tenor literal– puede ser deducido tanto de las consideraciones relativas al derecho fundamental de la libertad como

2, apartado 1º, y en el artículo 19, apartado 2º de la Constitución alemana. Y, de acuerdo con el tenor de dichos preceptos, dicho contenido esencial de la libertad es inviolable. No puede, por lo tanto, ser atacado tampoco a través de disposiciones penales. Así pues, no tiene lugar en este caso una ponderación en el caso concreto de los intereses relativos a la protección del derecho fundamental y de los referidos a una intervención penal justa”. Al respecto, véase su artículo: *Las causas constitucionales de exclusión del tipo, del injusto y de la punibilidad como cuestión central de la teoría del delito en la actualidad*, en. A.A.V.V. Cuestiones actuales de la teoría del delito, Edit. McGrawhill, Madrid, 1999, Págs. 11-12.

175. Sostuvo el referido fallo: “[e]l criterio cuantitativo que se alude en ambos incisos, debe entenderse como un criterio que el Juez ha de tener en cuenta a la hora de examinar la tipicidad de la conducta a fin de delimitar entre: (i) la posesión para autoconsumo –exenta de pena–; y (ii) la posesión encaminada al tráfico u otras conductas de promoción que sí deben ser castigadas; más no debe ser el único criterio, ya que debe tener en cuenta otros como los relativos al tipo de droga, el grado de pureza, circunstancias relativas a su hallazgo y en relación con la personalidad de su poseedor”.

176. Sostiene uno de los considerandos finales de la referida sentencia: “[a]dvierde entonces esta Sala que las aplicaciones de la posesión y tenencia contempladas en los incs. 1º y 2º del art. 34 LERARD, requerirá el establecimiento de ese presupuesto objetivo, a partir de una valoración integral de los hechos, y de un análisis que no debe atender exclusivamente a la cantidad de gramos, sino a la confluencia de varios criterios, los cuales deben plasmarse en la motivación de la decisión judicial”.

del principio constitucional-penal de lesividad, y es a partir del mismo que efectúa la distinción jurisprudencial¹⁷⁷.

A raíz de ello, el aspecto más importante del fallo –como hace referencia de forma explícita– es que no resulta constitucionalmente correcta la aplicación automática de los supuestos comprendidos en el art. 34 LERARD, atendiendo únicamente a la cantidad; y, mucho menos, la intelección interpretativa de que esta circunstancia cuantitativa suponga una presunción de *iure* en relación al tráfico, pues ello reportaría una inobservancia clara de la presunción de inocencia.

En síntesis, a partir de este fallo, se establece que la tenencia de droga exclusivamente para fines de auto-consumo debe considerarse impune, y sí resulta punible la que se relacione con cualquier actividad de tráfico, esto es, en relación a todas aquellas acciones destinadas a introducir en el mercado sustancias estupefacientes –transporte, almacenaje, venta o permuta, y aún la donación promocional de la droga–¹⁷⁸.

Examinando los puntos tratados en la referida decisión del alto tribunal salvadoreño, conviene establecer algunas implicaciones que el mismo reportará para la actividad tribunalicia:

A. Los criterios para determinar que la cantidad incautada es para auto-consumo.

De inicio, la SC es sumamente explícita en señalar que la posesión o tenencia para el auto-consumo no es punible, en la medida que forma parte de ese espacio incoercible del libre desarrollo de la personalidad; y por tanto, está fuera del ámbito del

177. Sobre lo anterior, CEREZO MIR efectúa una clasificación de los tipos atendiendo a la naturaleza del elemento subjetivo de lo injusto. Así, distingue entre delitos de intención, de tendencia y de expresión –*Curso de Derecho penal español*, Edit. B de F, Montevideo, 2008, Págs. 429-430–. En los primeros, se ubicaría el de posesión y tenencia de drogas para el tráfico. Particularmente como un “delito de resultado cortado” –*kupierte Erfolgsdelikte*–, en la medida de la consumación se produce cuando el autor realiza el primer acto –posesión– con el fin de llevar a cabo el segundo –la ulterior venta–. Distinto a los mismos, son los “delitos mutilados en dos actos” en los que el autor no pretende realizar nada con posterioridad sino que su pretensión se realizará por la propia acción y resultados típicos (GOMÉZ BENÍTEZ, *Teoría Jurídica del Delito*, Edit. Civitas, Madrid, 1992, Pág. 239-240). Por ejemplo: por ejemplo el enriquecimiento injusto en la estafa (art. 215 CP). Aunque la distinción suele ser un tanto difusa, conviene tener en cuenta lo expuesto por LUZÓN PEÑA, de que en ambos casos se anticipa la consumación a la realización de una actividad típica unida a la intención de causar un resultado –delitos mutilados en dos actos– o efectuar una segunda actividad –delito de resultado cortado–, pero sin necesidad de que se produzca esa ulterior actividad o resultado –*Curso de Derecho Penal, Parte General*, Tomo I, Managua, Pág. 396–.

178. Señala JOSHI JUBERT que tanto la doctrina y la jurisprudencia mayoritarias entienden por tráfico toda forma de extender y expandir la droga, con independencia de la idea puramente comercial o mercantil, esto es, sin precisar ni ánimo de lucro, ni habitualidad de los actos, sino que basta un solo acto de tráfico –*Los delitos de tráfico de drogas*, citado, Pág. 133. En igual sentido, se pronuncia el TS en su sentencia de 16-VI-1987: “[s]e considera el tráfico de drogas, como la transmisión de una cosa a otra u otras personas, sea gratuita u onerosa, total o parcial, directa o indirecta, con la condición que la transferencia lleva aparejada la promoción o favorecimiento del consumo de drogas tóxicas, estupefacientes o psicotrópicas”.

Derecho penal. Se trata de un caso de auto-lesión no punible que se engloba dentro del ejercicio de la libertad personal¹⁷⁹.

Pero llegar a tal determinación –como la misma sentencia se encarga de explicar– es una cuestión eminentemente probatoria y en la que se requiere tomar una variedad de factores.

Es así, entonces, que la diferencia entre el comportamiento delictivo y el no punible se sitúa en el tipo subjetivo, el cual deberá ser deducido de circunstancias objetivas acreditadas dentro del proceso penal que permitan el conocimiento de la finalidad de la tenencia¹⁸⁰. En tal sentido, la jurisprudencia comparada ha señalado que deberán tomarse aspectos como la demostración de que se es consumidor de la sustancia mediante documentos como el historial clínico, enfermedades, atenciones recibidas en centros asistenciales, pruebas periciales como el informe forense, entre otros., así como la fijación de las cantidades que se consumen diariamente¹⁸¹.

Este último punto resulta en unos casos decisivo, pues el consumo y la cantidad objeto del mismo está determinada por las dosis diarias o semanales que un drogado-dependiente necesita para satisfacer su adicción. Así, el TS sostiene que existe ánimo de traficar si se trata de una cantidad que excede razonablemente las previsiones de consumo de una persona adicta a las drogas¹⁸². Esta conclusión deberá efectuarse caso por caso aunque –volviendo a citar la doctrina del TS– se ha fijado por ejemplo el consumo medio diario de cocaína en un gramo y medio, de conformidad con el criterio del Instituto Nacional de Toxicología de España¹⁸³.

B. Los criterios para determinar cuándo la droga se encuentra predeterminada al tráfico

Como muy bien apunta BACIGALUPO, el criterio cuantitativo suele resultar equívoco en esta materia –y en ello es bastante enfática la sentencia dictada por la SC– pues se requieren tomar en cuenta una diversidad de factores o indicios que determinen la incautación de la droga destinada presumiblemente al tráfico¹⁸⁴. Así tal y

179. De acuerdo al art. 142 CP únicamente se castigan los daños a la salud a otro. Por ende, las auto-lesiones son atípicas.

180. BACIGALUPO, *Estudios sobre la parte especial*, citado, Pág. 144.

181. STS de 2-II-1994.

182. La STS de 2-I-1998 sostiene: “[e]xiste ánimo de traficar si se trata de una cantidad que excede de lo que razonablemente está destinada al autoconsumo, y que está objetivamente ordenada para su tráfico si excede de las previsiones de consumo de una persona adicta a las drogas”.

183. STS de 14-V-1990.

184. BACIGALUPO, *Estudios sobre la parte especial*, citado, Pág. 145. Por su parte, QUERALT JIMENEZ considera el criterio cuantitativo sumamente “arcaico” –véase su *Curso de Derecho penal español*, parte especial, Edit. Bosch, 1996, Pág. 801–. Sin embargo, REY HUIDOBRO sostiene que la cantidad de droga poseída es un elemento de vital importancia a la hora de llevar a cabo la verificación proyectada, revelándose en algunos casos como un instrumento técnico (a veces único) para demostrar el destino a terceros del estupefaciente poseído. Afirma este autor: “[e]s preciso que nos atengamos a la cuantía de la sustancia, cuando no existan otros datos, si no queremos traicionar el fin que el legislador pretende perseguir con este delito, que no es sino el de castigar duramente el

como lo ha señalado nuestra SC, y en igual sentido como lo enuncia un respetado sector doctrinario –por ejemplo REY HUIDOBRO– considera que la apreciación de la cantidad poseída debe apoyarse también en módulos de carácter cualitativo, entre los que cabe destacar: (a) el grado de pureza de la sustancia estupefaciente –no es lo mismo cien gramos de heroína con una pureza del 3% que cien gramos de la misma sustancia con una pureza del 80%–; (b) la peligrosidad de la sustancia –no es lo mismo, por ejemplo poseer cien gramos de heroína o cocaína que cien gramos de hachís–; (c) las cualidades subjetivas del grado de dependencia y necesidad de droga que ostenta el presunto consumidor, ya que es normal que una persona con un alto grado de toxicomanía precise de mayor cantidad de droga que una persona de reciente iniciación y consumo ocasional¹⁸⁵.

No obstante lo anterior, podemos efectuar todavía una lista más exhaustiva de criterios que pueden ser tenidos en cuenta para establecer el ámbito de lo punible: (a) la condición o no de consumidor del poseedor de la droga, acreditándose tal calidad y la cantidad que consume; (b) la cantidad de droga incautada; (c) distribución de la droga en dosis listas para su presumible venta y que se presente en la forma habitual en que se distribuye en el mercado; (d) que el poseedor de las sustancias tenga en su poder instrumentos para dividir las drogas en dosis –balanzas, navajas, bolsas de plástico, entre otros.–; (e) circunstancias en las que se realizó el hallazgo policial así como el lugar de la incautación; (f) tenencia de grandes sumas de dinero sin una justificación razonable de su procedencia; (g) existencia en poder del poseedor de la droga o en su domicilio de anotaciones contables que indiquen la venta de las drogas; (h) grabaciones autorizadas judiciales de conversaciones telefónicas de personas operando en el comercio de compraventa de drogas; e, (i) visitas continuas de consumidores de drogas en el domicilio de la persona que se le han incautado las sustancias estupefacientes, y en las que previamente se han establecido indicios de venta de menudeo¹⁸⁶.

Pese a lo expuesto, conviene tener presente lo establecido por RODRIGUEZ DEVESA y SERRANO GÓMEZ, que estamos ante un terreno donde las delimitaciones suelen ser difíciles y en el que habrá de resolverse conforme al caso concreto¹⁸⁷.

C. Los supuestos que darán lugar a la atipicidad de la conducta

tráfico de estos productos” –*El delito de tráfico de drogas, aspectos penales y procesales*, Edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, Pág. 95–. En realidad, lo correcto es atender tanto a criterios cuantitativos como a cualitativos tal y como la SC lo ha señalado en su sentencia, y es un aspecto que resulta también compartido en la jurisprudencia comparada. Así, conviene citar la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Vizcaya de 14-IV-2003 que textualmente señala: “[l]a Sala considera que la sustancia transmitida debe aquilatarse con criterios cualitativo y cuantitativo, como se hace para graduar la posesión destinada a autoconsumo y discriminar la pre-ordenada al tráfico”.

185. REY HUIDOBRO, *El delito de tráfico de drogas*, citado, Pág. 35.

186. Al respecto: MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, *El tráfico de drogas y la atipicidad de su tenencia*, Edit. Bosch, 2012, Pág. 37.

187. RODRIGUEZ DEVESA/SERRANO GÓMEZ, *Derecho penal español*, Edit. Dykinson, Madrid, 1995, Pág. 1075.

A raíz del fallo de nuestro tribunal constitucional, podemos deducir que existen tres supuestos en los que la posesión y tenencia deben considerarse atípicas: (a) si la droga incautada está destinada al consumo de su poseedor; (b) los casos de auto-consumo compartido entre drogodependientes, y (c) la donación de una dosis mínima y gratuita a una persona adicta y que se encuentra bajo el síndrome de abstinencia¹⁸⁸. Veamos los últimos dos supuestos, ya que el primero ha sido anteriormente estudiado –*supra* romano IV–.

La doctrina del *consumo compartido*, entiende que existe un auto-consumo cuando la sustancia tóxica está destinada a ser utilizada por varias personas¹⁸⁹. Sin embargo, la razón de su no punición descansa en que si bien puede considerarse este tipo de conductas grupales como una forma de favorecimiento, no resulta trascendente con relación al bien jurídico salud pública cuando éste tiene lugar entre adultos y en la intimidad¹⁹⁰. En este rubro quedarían comprendidos los casos de colecta para la compra de algún tipo de droga o la aspiración alternativa de un cigarro de marihuana.

Ahora bien, para la aplicación de este supuesto de atipicidad, de acuerdo MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, se requiere de la comprobación procesal de los siguientes requisitos: (1) que los consumidores que se agrupan han de ser adictos a la sustancias estupefacientes; (2) dicho consumo compartido ha de realizarse en lugar cerrado, y ello en evitación de que terceras personas desconocidas puedan inmiscuirse y ser partícipes en la distribución; (3) que la cantidad de drogas para su consumición debe ser insignificante; (4) que los consumidores sean un pequeño núcleo de drogodependientes o adictos a las sustancias tóxicas; (5) los consumidores deben ser personas ciertas y determinadas –único medio de poder calibrar su número y sus condiciones personales–, y (6) ha de tratarse de un consumo inmediato de las sustancias adquiridas¹⁹¹.

188. El último supuesto señalado puede ser discutido, a que podría considerarse un ámbito que corresponde al estado de necesidad como causa de justificación aplicable y no una causa de atipicidad.

189. Al respecto, JOSHI JUBERT, “*Los delitos de tráfico de drogas I. Un estudio analítico del art. 368 CP*”, Edit. Bosch, Barcelona, 1999, Pág. 134.

190. QUERALT JIMÉNEZ, *Derecho penal español*, citado, Pág. 801. Sin embargo, soslaya que sí habría trascendencia penal cuando no todos son adictos o cuando ese consumo forma parte del favorecimiento. Pese a esta excepción, reitera que si se trata de drogas blandas –como la marihuana– y entre mayores de edad, es difícil hablar de existencia de un hecho jurídico-penal.

191. MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, *El tráfico de drogas*, citado, Pág. 44. En similares términos se expresa la Audiencia Provincial de Zaragoza (Sección 3ª) en su sentencia de 18-I-2005: “[l]a jurisprudencia actual de TS, respecto a la tenencia para consumo compartido, ha señalado los requisitos para obtener una conclusión de impunidad son los siguientes: (1) Los consumidores que se agrupan han de ser adictos o cuando menos habituados al consumo, ya que si así no fuera, el grave riesgo de impulsarles al consumo y habituación no podría soslayar la aplicación del artículo 368 del Código Penal, ante un acto tan patente de promoción o favorecimiento; (2) El proyectado consumo compartido ha de realizarse en lugar cerrado, y ello en evitación de que terceros desconocidos puedan inmiscuirse y ser partícipes en la distribución o consumo; (3) La cantidad de droga programada para su consumición ha de ser insignificante; (4) La coparticipación consumista ha de venir referida a un pequeño núcleo de drogodependientes, como acto esporádico e íntimo, sin trascendencia social; (5) Los consumidores deben ser personas ciertas y determinadas, único medio de poder calibrar su número y sus condiciones personales; y (6) Ha de tratarse de un consumo inmediato de las sustancias adquiridas”.

En cuanto a las donaciones gratuitas entre consumidores o sus familiares, únicamente resultan fuera del radio de aplicación del art. 34 LERARD cuando su finalidad sea evitar el sufrimiento derivado del síndrome de abstinencia que sufre un drogodependiente. De acuerdo con MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, esta línea jurisprudencial del TS, implica que deban reunirse los siguientes requisitos: (1) que la entrega de sustancias estupefacientes se haga a una persona concreta, consumidora inveterada, a la que se pretenda evitar los sufrimientos y angustias del síndrome de abstinencia; (2) que no se exija contraprestación o remuneración alguna; (3) que no haya posibilidad de difusión pública de la droga; y (4) que el consumo se produzca en presencia de quien, a la vez, es consumidor y donante¹⁹².

A contrario *sensu*, la entrega gratuita con el fin de promocionar o favorecer el consumo, debe considerarse punible como tráfico. Por ejemplo: entregar porciones a la salida de una escuela o colegio.

Particular atención merece el caso de la introducción de cantidades mínimas de drogas a un drogodependiente que se encuentra en prisión por parte de su pareja o algún familiar. Cierta sector doctrinal ha considerado atípicas aquellas conductas que revelen un fin “loable” o “altruista”, es decir, que las pequeñas cantidades de drogas tengan como fin ayudar a la deshabituación, a impedir los riesgos que la crisis de abstinencia origina y sin ventaja o contraprestación alguna. Ello en razón de que, en tales casos, no existe una posibilidad de difusión de los estupefacientes, no existiendo peligro para la salud pública. Pero si con la introducción, lo que se busca es acrecentar el consumo de otras personas dentro de la prisión, la conducta quedaría comprendida dentro de la tesis jurisprudencial más tradicional en nuestro país que considera estos casos como tráfico (art. 33 LERARD) mientras que otros de forma minoritaria califican como posesión o tenencia para actos de tráfico (art. 34 LERARD)¹⁹³.

D. La atipicidad de cantidades de drogas de carácter insignificante

En el considerando IV de la sentencia dictada el 16-XI-2012 –Inc. 70-2006–, retomando una importante línea jurisprudencial que se relaciona con la sentencia emitida el 23-XII-2010 –Inc. 5-2001–, se estipula conforme a los principios constitucionales de lesividad y proporcionalidad, que el Derecho penal no puede encargarse de punir conductas sin trascendencia a terceros –alteridad– o cuando éstas sean insignificantes en cuanto a la afectación del bien jurídico protegido.

En dicha línea se enmarca lo expuesto recientemente en el Auto de sobreseimiento de 5-VII-2013 –Inc. 47-2012– cuando se afirmó textualmente: “...la sanción criminal debe ser apta para alcanzar los fines que la justifican, en virtud de este criterio de idoneidad, el Derecho penal únicamente puede y debe intervenir cuando

192. MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, *El tráfico de drogas*, citado, pág. 46.

193. QUERALT JIMÉNEZ, *Derecho penal español*, citado, Pág. 800.

sea mínimamente eficaz e idóneo para prevenir el delito, por lo que debe evitarse su uso cuando se muestre inoperante, inadecuado o contraproducente para conseguir tal fin. Y es aquí, donde el principio de proporcionalidad exige un uso razonable de la pena, que no puede ir más allá de lo que la dignidad humana permita. Tal intelección, es la que ha permitido a un amplio sector doctrinario propugnar por el principio de insignificancia como un criterio interpretativo teleológico válido, que determina la atipicidad de aquellos ilícitos que no tienen la entidad suficiente para merecer la consecuencia jurídica establecida en el precepto aplicable del Código Penal. En otras palabras, dado que castigar una infracción del orden jurídico por medio de la pena criminal supone la forma más intensa de desaprobación de una conducta que conoce el ordenamiento jurídico, también ha de existir una razón especialmente sólida y fuerte para aplicar dicha reacción estatal¹⁹⁴.

Desde tal óptica, puede observarse dentro de la jurisprudencia constitucional, la mención de una probable segunda causa de atipicidad –más allá de la ya anteriormente relacionada “falta de ánimo para traficar”– que se relaciona con la escasa cantidad de drogas poseída para afectar al bien jurídico supra-individual: salud pública. Esto es la que se relaciona con el denominado “principio de insignificancia”.

Doctrinariamente, se ha resaltado que podemos encontrarnos ante conductas que son coincidentes formalmente con la descripción típica, pero carentes de antijuridicidad material, o bien poseen una escasa lesividad –entre ellas las conductas de bagatela– y aún que podrían considerarse como socialmente adecuadas¹⁹⁵.

En el Derecho comparado, tomando el caso de Argentina, el prístino antecedente jurisprudencial se encuentra en el voto del magistrado Zaffaroni cuando expuso en el caso “Adami, Leonardo y otros” que “...la llamada *tipicidad conglobante* lleva a la pregunta acerca de si en realidad el bien jurídico protegido fue efectivamente afectado y si lo fue con la entidad suficiente como para que resulte racional la imposición de la pena prevista para el tipo legal... Cuando la lesión es ínfima y la pena, por mínimo que sea su grado de imposición, resulta a todas luces desproporcionada con la magnitud de aquella, se hace necesario salvar el principio republicano con una interpretación del tipo penal en forma que abarque o que excluya esas lesiones ínfimas, lo que la doctrina ha elaborado con el nombre de principio de insignificancia”¹⁹⁶.

De igual forma, el mismo magistrado había sostenido tal tesis con anterioridad en el caso “Lucero, Angel Carlos s/privación ilegítima de libertad” señalando que: (a) los tipos exigen afectaciones de bienes jurídicos; las penas reflejan el desvalor jurídico de la conducta típica y, por ende, deben guardar una cierta proporción

194. Considerando II del Auto de sobreseimiento de 05-VII-2013 –Inc. 47-2012–.

195. CUESTA AGUADO, *Tipicidad e imputación objetiva*, Edit. Jurídicas Cuyo, Mendoza, Pág. 72.

196. CNCrim, y Correc. Sala VI, agosto 14-1984, “Adami, Leonardo y otros”, en *Doctrina Judicial*, Tomo II, año 1985, Pág. 761.

con la magnitud de la afectación al bien; cuando ésta es muy ínfima se quiebra esa necesaria proporcionalidad, revelando con ello que el tipo no ha querido abarcar esas conductas. (b) Por otra parte todo el orden jurídico tiene un objeto, que es la seguridad jurídica; todas las leyes penales, dentro de ese orden, tienen un objeto más específico que es la seguridad jurídica provista mediante la imposición de especiales consecuencias jurídicas –penas–, cuando la conducta se considera socialmente intolerable requiriendo la intervención estatal de un modo diferente al reparador. Ello se da frente a conductas de cierta gravedad, no cualquier nimiedad puede dar lugar a la intervención estatal con pena. De otra manera se afectaría la racionalidad que impone el principio republicano (art. 1 Constitución nacional argentina)¹⁹⁷.

Si bien en el panorama argentino, la insignificancia ha sido utilizada en los casos de lesiones o privaciones de libertad levisimas, también dicho principio puede ser utilizado en el ámbito de la tenencia de cantidades ínfima de drogas¹⁹⁸. Así por ejemplo, en España, el TS ha sostenido que cuando la cantidad de la droga aprendida es tan insignificante que resulta incapaz de producir efecto nocivo para la salud, la acción carece de antijuridicidad penal aunque aparezca enmarcada en una acción de tráfico¹⁹⁹. Conforme a ello, el referido Tribunal penal español, ha considerado atípica por insignificancia la venta de una porción de 0.06 gramos de heroína con una pureza del 35.84% toda vez que la potencialidad dañina desaparece en los supuestos de cantidades insignificantes, por lo que en tales casos la sustancia transmitida no debe de considerarse droga tóxica, ni cabe apreciar riesgo para la salud²⁰⁰.

Una argumentación similar puede encontrarse en la sentencia emitida por la Audiencia Provincial de Valencia, cuando razona: "...[l]a Sala absuelve al acusado del delito contra la salud pública, haciendo aplicación de los principios de insignificancia, lesividad o antijuridicidad material, pues no hay lesión ni puesta en peligro mínimamente relevante para el bien jurídico protegido, ni culpabilidad dada la ausencia de reproche social en una conducta fundada en un deber de amistad. La cantidad de drogas ocupada es tan insignificante que no puede considerarse siquiera como idónea para producir los efectos propios de una dosis normal"²⁰¹.

Sin embargo, se trata de un criterio que el mismo TS ha tratado de limitar, advirtiendo que estos casos, hay que reconocerlos con suma cautela, evitando que ningún caso quede indefenso el bien jurídico protegido²⁰².

197. Sobre lo anterior, puede verse el fallo citado en: GULLCO, *Principios de la Parte General del Derecho Penal, jurisprudencia comentada*, Edit. Del Puerto, Buenos Aires, 2006, Págs. 163-165.

198. Véase sobre el panorama argentino: GARCÍA VITOR, *La insignificancia en el Derecho penal. Los delitos de Bagatela*, Edit. Hammurabi, Buenos Aires, Págs. 49-51.

199. STS de 25-VI-2003.

200. STS de 16-VI-2003.

201. SAP de Valencia de 21-IV-2004 (Sección 2ª), num. 238/2004.

202. STS de 8-VI-2006.

V. La prohibición legal de dictar la suspensión condicional de la ejecución de la pena en los delitos contemplados en la Lerard.

Uno de los supuestos contemplados en la LERARD que también ha conocido la SC, hace referencia al art. 71 que estipula: "...[l]os imputados de cualquiera de los delitos a que se refiere esta Ley, no gozarán del beneficio de excarcelación ni de la suspensión condicional de la ejecución de la pena".

En un primer momento, en la sentencia de 4-IV-2008 –Inc. 40-2006– se sostuvo que el legislador puede condicionar el acceso a ciertos beneficios procesales y penitenciarios, o incluso limitarlos, atendiendo a ciertas características que tengan los sujetos destinatarios de los mismos. Ello no supone una vulneración al principio constitucional de igualdad, en la medida que el legislador se encuentra facultado para hacer las diferenciaciones que considere oportunas bajo parámetros de razonabilidad, teniendo como fin la salvaguarda de un fin constitucionalmente legítimo.

Para el caso, si la referida disposición secundaria se fundamenta “en la finalidad de prevenir los delitos relativos a las drogas, porque el problema de la drogadicción es un fenómeno que deteriora la salud física y mental de los individuos y atenta contra las bases económicas, sociales, culturales y políticas de la sociedad” tal justificación debe considerarse aceptable a criterio de la SC²⁰³. Esto es así, porque se trata de un ámbito de “libre conformación legislativa”, que no solamente abarca la definición de las consecuencias punitivas de un comportamiento delictivo, sino también a las condiciones bajo las cuales dichas penas serán ejecutadas o cumplidas²⁰⁴.

Sin embargo, en la sentencia de 3-X-2011, Inc. 11-2007, se confrontó nuevamente tal disposición con el principio constitucional de resocialización, a fin de determinar si tal limitación especial inobserva el principio constitucional anteriormente citado. En particular, cuando resulta comprobado por la ciencia penitenciaria,

203. Al respecto cito textualmente: “[p]ero la Asamblea también expuso la particular gravedad de los delitos a los que se vincula la denegatoria de beneficios penitenciarios y la valoración legislativa de su dañosidad para un bien jurídico fundamental como es la salud de las personas, así como otras consecuencias sociales perjudiciales. Esta última justificación relacionada si puede considerarse razonable fundamento para el tratamiento diferenciado que la disposición examinada contiene, pues tanto la fijación abstracta de la pena como la de su forma de cumplimiento –parcial o total–, ambos a partir de la gravedad del delito cometido, derivan de la libertad de configuración que la Constitución reconoce a la Asamblea Legislativa. En consecuencia, deberá declararse que no existe la contradicción aducida entre el Art. 71 LRARD y el Art. 3 Cn.”.

204. Debe señalarse que al momento de pronunciarse dicho fallo, existía un criterio predominante en la jurisprudencia constitucional, de atemperar a la prevención especial positiva –resocialización– como fin principal de la pena, y se entronizó de manera progresiva la prevención general, es decir, al fin intimidatorio que se dirige a la colectividad. En efecto, en el Considerando IV se sostuvo: “...como antes se dijo, la Constitución no impone la resocialización del delincuente como el único fin perseguible mediante las penas y si hace referencia a la prevención de los delitos como otro de los fines que fundamentan la configuración legislativa de las sanciones penales. También debe considerarse que las exigencias constitucionales impuestas como orientadoras de los fines y las funciones de la pena de prisión se relacionan efectivamente con el régimen concreto de ejecución de tal pena, de modo que la previsión legislativa que ésta deba cumplirse en forma total o completa no es necesariamente opuesta al propósito de readaptación social del delincuente. Lo importante es que el tiempo en prisión tienda a lograr que el delincuente una vez liberado no solamente quiera respetar la ley, sino también que sea capaz de hacerlo”.

que las penas no privativas de libertad o los mecanismos derivados de la *probation* anglosajona, son los más adecuados para evitar una posterior recaída en delitos de pequeña o mediana importancia.

Al efecto, se sostuvo, que la dignidad del individuo va fijando los límites al rigor de las penas y agudizando la sensibilidad por el daño que causan en quienes las sufren. Por ende, las penas desproporcionadas no se oponen únicamente al art. 27 Cn., sino también al reconocimiento de la persona humana como el origen y el fin de la actividad del Estado. En tal sentido, y siguiendo una fundamentación filosófica sumamente kantiana, el individuo nunca puede ser objeto o instrumento para los fines del Estado, para el caso de la protección de bienes jurídicos y prevención del delito, lo cual se verifica al tratar de castigar penalmente a quien cometa un delito, con la sola finalidad de alcanzar una prevención general intimidatoria²⁰⁵.

En consecuencia, si el instituto legal de la suspensión condicional de la ejecución de la pena brinda una limitación razonable a los derechos de quien ha cometido un delito de leve o mediana gravedad –de hasta tres años de prisión– y de quien el Juez penal dictamina un alto pronóstico de reinserción social “...es procedente mantener la aplicación de tal sustitutivo aún en los casos contemplados en la Ley Reguladora de las Actividades Relativas a las Drogas, siempre y cuando concurren las prescripciones establecidas en el art. 77 del Código Penal con las lógicas consecuencias de su incumplimiento (art. 81 C.Pn.)”.

Como se sostiene literalmente en dicha sentencia: “...la prohibición establecida en el art. 71 LERARD, debe ser interpretada sistemáticamente con los requisitos de motivación establecidos en el 77 C.Pn., particularmente en lo que se refiere a lo innecesario e inconveniente del cumplimiento de una pena de prisión en aras de evitar una recaída en el delito de quien resulte favorecido con su aplicación. De no cumplirse los mismos, de acuerdo al examen judicial, la concesión tiene que ser denegada como acontece en los casos donde la ejecución de la pena de prisión se muestre adecuada de acuerdo al interés general de aplicación de la ley penal y se requiera ineludiblemente la estancia en prisión a efectos preventivo-especiales”.

Lo anterior, conlleva ineludiblemente al juez el deber de ponderar en su motivación tanto a la libertad personal del condenado como a la protección de la seguridad colectiva, intentando armonizar ambos fines con relación a la procedencia o no de aplicar la suspensión condicional de la ejecución de la pena. Y para ello,

205. Así, se sostuvo en el referido fallo: “...[e]l argumento que pretende justificar los sacrificios coercitivamente impuestos a la persona humana mediante la intervención penal, argumentando que se trata de medidas ejemplarizantes, denota una finalidad claramente intimidatoria, pretendiendo utilizar a los sujetos como meros medios o instrumentos al servicio de los fines del Estado en la prevención de delitos, lo que efectivamente constituye una clara violación al artículo 1 y al preámbulo de la Constitución, pues el Derecho Penal, a partir de tales consideraciones constitucionales, no puede ser utilizado como mecanismo de intimidación con efectos de prevención general negativa, es decir, mediante la neutralización del delincuente –por medio del castigo ejemplar– para intimidar a la sociedad, so pena de vulnerar el carácter humanista del Estado impuesto por la Constitución”.

debe tomar en cuenta toda aquella información que garantice la situación personal, familiar y laboral del condenado, examinando cuidadosamente los motivos que han dado lugar a la realización delictiva, y teniendo en cuenta todo dato relevante que asegure la disponibilidad de la persona de cumplir con las reglas de conducta que se impongan y el necesario control judicial de las mismas. Todo esto, con base a un pronóstico positivo como el requisito esencial para el sustitutivo penal contemplado en el art. 77 CP. Si la predicción es negativa, entonces convendrá aplicar la pena corta de prisión²⁰⁶.

VI. La detención provisional y su aplicación en los delitos relacionados al narcotráfico.

Tanto el anterior artículo 294 párrafo segundo del estatuto procesal penal recién derogado, como el actual 331 párrafo segundo del Código Procesal Penal, prohíben la aplicación de medidas sustitutivas a la detención provisional en un catálogo bastante taxativo de delitos, entre los que se encuentran comprendidos los que aparecen en la LERARD.

Ello ha dado lugar a dos pronunciamientos por parte de la SC: el primero correspondiente a la sentencia de 12-IV-2007 –Inc. 28-2006– y el más reciente dictado el 14-IX-2011 –Inc. 37-2007–.

Con relación al primer pronunciamiento, cuando se relaciona el derecho fundamental de libertad, se sostiene que al legislador le corresponde un relevante papel en la disciplina normativa de los derechos fundamentales, concretando las facultades atribuidas, organizando, regulando, limitando su ejercicio y ofreciendo un marco eficaz para su garantía. Particularmente se afirma en uno de los considerandos, que existe una facultad legislativa de poner límites mediante una ponderación entre el contenido del derecho y el principio contrario que justifica la restricción.

En el caso de la ponderación entre la libertad personal y la tutela de la seguridad pública, el legislador puede abstractamente sopesar una de estas categorías sobre la otra conforme a parámetros de razonabilidad.

En el particular caso de los delitos contemplados en la LERARD, al ser delitos en los que se presenta la realidad del crimen organizado, se justifica la regla que impide sustituir la medida cautelar de la detención provisional por las especiales características de estos delitos²⁰⁷. Por consiguiente, no existe violación alguna en

206. Se sostiene: "...[e]n caso contrario, si se considera que la aplicación de la suspensión condicional de la ejecución de la pena no está en condiciones de neutralizar ese peligro de proclividad delictiva, está habilitado a ejecutar la pena de prisión en consonancia con la prescripción establecida en el art. 71 C.Pn."

207. Ello se revela explícitamente en el Considerando VI de la Sentencia: "[Y] es que, por otro lado, la Convención de las Naciones Unidas Contra el Tráfico Ilicito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas da a entender, respecto de los Estados Parte, que éstos se esforzarán para asegurar que cualesquiera facultades legales, conforme a su derecho interno, relativas al enjuiciamiento de personas por los delitos tipificados de conformidad a la misma, se ejercerán para dar la máxima eficacia a las medidas de detección, 'teniendo debidamente en cuenta la necesidad

relación al art. 3 Cn. –que consagra el principio de igualdad– ni tampoco existe una violación a la regla de la excepcionalidad de la detención provisional –contemplada en el 7.4 CADH y 9.3 PIDCP– pues la prohibición opera para un número reducido de delitos, no convirtiéndose en una regla general y manteniéndose –en teoría– la excepcionalidad.

Sin embargo, pese a lo expuesto, la sentencia se encarga de establecer como una obligación judicial la necesaria ponderación entre ambos bienes jurídicos, teniendo en mente el aseguramiento de los objetivos procesales, ya que “... en ningún caso, las disposiciones de una ley, en especial las del procedimiento jurisdiccional, pueden tener aplicación sin razonamiento o sin justificación fáctica, particularmente en materia procesal penal, cuando se trata de restringir la libertad de una persona”.

Esta última consideración es la que resulta ampliada en el segundo pronunciamiento dictado el 14-IX-de 2011 –Inc. 37-2007– donde el *leit motiv* fundamentalmente fue determinar el alcance de tal tipo de disposiciones con las potestades del juez en el ámbito del aplicación, modificación o cese de una medida cautelar como la detención provisional.

De inicio se sostuvo, que la detención provisional ha sido caracterizada como una medida cautelar netamente personal, en virtud de la cual se priva a un presunto autor o partícipe de un hecho delictivo de su libertad física durante la sustanciación de un proceso penal. Tiene entonces un carácter estrictamente procesal que se relaciona con la finalidad del enjuiciamiento criminal²⁰⁸: la averiguación correcta de la imputación objeto del proceso, evitar entorpecer el descubrimiento de la verdad histórica, lograr el sometimiento del imputado al proceso para llevarlo a cabo –evitando realizar un juicio en contumacia– y, eventualmente ejecutar la condena²⁰⁹.

Por otra parte, la jurisprudencia constitucional ha reconocido al menos cuatro principios que deben regir la aplicación de dicho instituto: (a) la *excepcionalidad* –su admisibilidad constitucional depende de que sea absolutamente imprescindible para asegurar los fines del proceso–; (b) la *provisionalidad* –puede ser modificada o sustituida por otra medida menos invasiva de la libertad, cuando los fines de aseguramiento procesal puedan ser eficazmente garantizados en una forma menos

de ejercer un efecto disuasorio en los referente a la comisión de esos delitos’. La idea que subyace y aflora en esta disposición, también es valiosa para la detección o determinación de todo tipo penal pernicioso o de gran impacto en los bienes jurídicos amparados por la Constitución, habida cuenta del interés general tutelado y el propósito de prevenir dentro de límites razonables contra la impunidad de semejantes tipos penales”.

208. MAIER, *Cuestiones fundamentales sobre la libertad del imputado y su situación en el proceso penal*, Edit. Lerner, Buenos Aires, 1981, Pág. 28.

209. Sostiene el referido fallo: “... [a] partir de estas consideraciones, que se han reiterado en múltiples pronunciamientos previos, esta Sala ha configurado la naturaleza de la medida cautelar con una concepción eminentemente procesal, y sólo bajo tal razonamiento su justificación adquiere sustento constitucional; de esta manera, también se descarta *in limine* que dicha medida pueda fundamentarse en criterios extra-procesales –control del crimen, peligrosidad social, prevención general e inocuización, entre otras tesis históricas que se han desarrollado en ese sentido–.(...) Y es que, como enfáticamente se sostuvo en la Sentencia de 14-II-1997, Inc. 15-06, la detención provisional, no obstante constituir una privación de libertad personal, no lo es a título de sanción sino con fines asegurativos, por lo cual es perfectamente válido caracterizarla como medida cautelar”.

extrema o concluir su duración cuando los plazos fijados en el art. 8 CPP sean cumplidos-; (c) la *proporcionalidad* –la detención preventiva no puede sobrepasar de ninguna forma la pena que correspondería ante una eventual sentencia condenatoria-; y (d) la *jurisdiccionalidad* –su imposición constituye una manifestación clara de la potestad jurisdiccional del juez penal, quien debe examinar los datos que consten en el proceso, exponiendo un análisis motivado sobre la conveniencia de la medida²¹⁰.

Esa motivación ineludiblemente debe comprender la comprobación de sus dos presupuestos básicos: el *periculum in mora* y el *fumus boni iuris*. El primero conjuga los peligros derivados de la posibilidad de fuga o sustracción del proceso penal, como la posible obstaculización de la investigación –alteración de los medios de prueba, confabulación con los testigos, entre otros.–. Y el segundo viene constituido por el juicio de probabilidad positiva sobre la responsabilidad penal de la persona contra la que se acuerda la medida²¹¹.

En el caso del grupo de delitos que nos ocupa, se sostuvo de forma genérica que si bien el legislador puede advertir que los atentados más graves a los bienes jurídicos vida, libertad y propiedad implican un mayor riesgo de fuga u obstaculización de la investigación, puede establecer una regla que prohíba la sustitución de la detención provisional por otras medidas no privativas de libertad atendiendo la especificidad criminológica que presentan tales figuras. Pero, en la esfera judicial, éste es un dato importante más no suficiente para decretar tal medida y no se constituye en la única condición que debe atender el examen judicial, pues “...deben ser considerados otros presupuestos que constitucionalmente han sido admitidos de forma reiterada por la jurisprudencia constitucional”²¹².

Por consiguiente, y en esto la SC es sumamente clara, no cabe la imposición automática de la detención provisional y su mantenimiento, únicamente cuando al procesado le es atribuido alguno de los delitos establecidos en el catálogo del art. 331 párrafo 2° CPP.

Como se advierte mediante una lectura detenida de la sentencia, la tesis que se desarrolla en cada uno de sus considerandos, busca potenciar el análisis judicial en cuanto a su adopción, mantenimiento, sustitución o cese, tomando como un

210. Sobre estos criterios, véase mi artículo: *La detención provisional y su entendimiento constitucional: algunas reflexiones sobre el viejo y nuevo Código Procesal Penal*. En: A.A.V.V., Ensayos doctrinarios sobre el nuevo proceso penal salvadoreño, CSJ, 2011, Págs. 251-254.

211. En tal sentido, y como la misma sentencia lo expresa, se sigue una continua línea jurisprudencial expuesta en los procesos de Hábeas Corpus: “...las resoluciones que decretan la detención provisional, requieren la exposición de las razones para creer que el o los acusados son con probabilidad autores o partícipes del delito que se les imputa, así como los motivos por los cuales se cree que los mismos puedan sustraerse de la acción de la justicia” –Sentencia de 6-IV-2005, HC 230-2004–.

212. Adiciona la referida sentencia: “...[e]llo supone entender que el catálogo de delitos contemplados en la disposición impugnada es un dato necesario para el mantenimiento del encarcelamiento preventivo, pero no suficiente, ni mucho menos el único al que debe atender el examen judicial; pues deben ser considerados otros presupuestos que constitucionalmente han sido admitidos de forma reiterada por la jurisprudencia constitucional”.

elemento de análisis el dato de la ley, pero debiendo relacionar otros estándares de carácter subjetivo que versen acerca de las condiciones personales del imputado conforme a las posibilidades que éste tiene de entorpecer el procedimiento judicial.

Por otra parte, y en cuanto a la gravedad del delito, se afirma que es un elemento que debe ser “atemperado” con otros elementos como la penalidad o incluso con el grado de realización del delito o la participación que pudo tener el encartado²¹³.

En tal sentido, la ineludible motivación de la medida cautelar –sostiene el referido fallo– no tiene que suponer una extensa resolución, sino que al menos deben constar de un modo razonable los fundamentos fácticos y jurídicos de la decisión adoptada. En palabras de la SC “...se satisface plenamente esta exigencia constitucional cuando se permitan identificar cuáles son las disposiciones que se aplican y cuál ha sido la operación argumental e interpretativa que ha precedido a la subsunción de los hechos fácticos al supuesto legal conforme a criterios racionales”.

VII. Conclusiones

El debate que tanto político-criminalmente como dogmático y constitucional, plantean los delitos relativos al tráfico de drogas, puede considerarse extenso e inacabable. Y sobre ello, nuestro tribunal constitucional ha tenido que pronunciarse sobre algunos tópicos problemáticos que generan su aplicación. Al efecto, podemos establecer –a manera de resumen– las siguientes premisas:

1. La técnica legislativa relativa a los tipos penales blanco, tanto en lo que se refiere a la complementación del supuesto de hecho o de la consecuencia jurídica resulta constitucionalmente admisible si se cumplen ciertos presupuestos, a saber: (a) que la materia a regular lo exija; (b) que el reenvío hacia una disposición extrapenal se refiera a situaciones netamente complementarias, más nunca al núcleo esencial del tipo penal; y (c) se satisfaga la existencia de certeza, que es una consecuencia ineludible del principio de legalidad. En el caso, de los tipos penales en blanco “al revés”, en particular cuando establecen la unidad económica del “salario mínimo”, pueden considerarse constitucionalmente aceptables si se indica claramente a cuál de ellos se hace específica referencia.
2. Aun y cuando la sanción de multa en la LERARD haya sido declarada inconstitucional por adolecer de excesiva vaguedad su formulación, la SC considera aceptable que puedan existir dentro de la legislación penal, preceptos penales que contengan de forma simultánea y principal penas de prisión y multa. Y

213. Textualmente se señala: “[l]a gravedad del delito debe considerarse como un criterio graduable según la entidad del delito, la penalidad, el grado de realización y la participación criminal, lo cual determina una respuesta diferenciada en cuanto a su adopción y su mantenimiento. Asimismo, deben ser atendibles y valoradas por cada juzgador aquellas circunstancias que se relacionen con causales de exclusión de responsabilidad penal previstas en el art. 27 C.Pn., independientemente del tipo de delito, si precisamente el *fumus boni iuris* se ve reducido por supuestos como la legítima defensa o actuar en cumplimiento de un deber, entre otros.”

ello es así cuando consideraciones preventivo-generales así lo aconsejen. Sin embargo, tal acumulación no puede ir en desmedro de la resocialización como fin de la pena, y muchos menos el impago de la misma debe suponer un obstáculo a la reinserción social. De ahí que, el principio contemplado en el párrafo 3° del art. 27 Cn., es un límite que debe ser respetado tanto en el ámbito legislativo –en la conminación penal– y el judicial –aplicación de la ley penal–.

3. En cuanto al art. 34 LERARD, la SC ha efectuado una interpretación aditiva agregando el elemento subjetivo “animo de traficar” al referido tipo penal. El cual ha sido deducido de una interpretación sistemática de derechos fundamentales tales como la libertad y el libre desarrollo de la persona, así como de principios constitucionales como la lesividad y la proporcionalidad. En consecuencia, impone la ineludible obligación al cuerpo judicial, de establecer si la cantidad de droga incautada se encuentra preordenada al tráfico –conducta punible– o al consumo –que resulta impune–.

En tal sentido, el criterio cuantitativo es un dato importante más no el único, el cual debe ser complementado con otros de carácter cualitativo –v. gr. relativos a la droga en sí, a la ocupación de la droga y al tenedor–. De ahí que, el máximo tribunal en materia constitucional, considere adecuado un criterio judicial mixto o de carácter cuantitativo y cualitativo, en el que la cantidad pueda considerarse como un punto de inicio en cuanto al análisis judicial del caso concreto. De todas maneras, el criterio mantenido en el derecho comparado –particularmente español– de considerar la existencia de una voluntad de traficar cuando la posesión sea de una cantidad superior a lo que se considera adecuado para el consumo, es un criterio que pudiera ser aceptable por parte de la jurisprudencia salvadoreña.

4. Entre los efectos prácticos que plantea este último punto citado, se encuentra la creación de una causa de atipicidad de origen constitucional, y que impide castigar: (a) la tenencia personal de drogas para auto-consumo; (b) los casos de auto-consumo compartido entre drogodependientes –bajo ciertas condiciones– y (c) la donación de una dosis mínima y gratuita a una persona adicta y que se encuentre bajo el síndrome de abstinencia. Más allá de lo anterior, puede deducirse implícitamente de la sentencia dictada el 16-XI-2012 –Inc. 70-2006–, la existencia de otra causa de atipicidad referida a la insignificancia de las cantidades de drogas poseídas en relación a la salud pública como bien jurídico protegido. Se trata en todo caso, de un criterio que corresponderá a la jurisprudencia penal desarrollarlo de forma paulatina.
5. La suspensión condicional de la ejecución de la pena es aplicable en los delitos contemplados en la LERARD –por ejemplo en lo que corresponde a la posesión y tenencia regulada en el art. 34– siempre y cuando el juez realice dentro del ámbito de la motivación una ponderación entre la protección de la seguridad colectiva y las probabilidades de no reincidencia posterior del reo –léase

resocialización-. Y a tal efecto, deberá tomar en cuenta para su concesión toda aquella información que garantice la situación personal, familiar y laboral del condenado, así como la que asegure la disponibilidad de la persona a sujetarse a las prescripciones judiciales. Si el juez considera que el encartado utilizará el periodo de prueba para seguir delinuyendo, podrá aplicar la pena de prisión y denegar la aplicación del referido sustitutivo penal.

6. En una línea muy similar a lo anterior, se encuentra la imposibilidad legal de sustituir la detención provisional en los delitos relacionados al tráfico de drogas. Conforme al más reciente fallo dictado el 14-IX-2011 –Inc. 37-2007– es factible en esta sede la adopción de medidas sustitutivas, siempre y cuando el juez lo determine de una forma motivada, relacionando tanto los principios constitucionales que informan la detención provisional como los presupuestos que dan lugar a su adopción, mantenimiento o sustitución. En tal sentido, el dato de la ley es un punto importante más no suficiente, ya que deben ser tomados en cuenta otros aspectos que se relacionan con la gravedad del delito, forma de participación criminal, *iter criminis* y las circunstancias personales del procesado.

ABREVIATURAS

A.A.V.V.	Autores Varios
Constitución Salvadoreña.	Cn.
Código Penal	CP
Código Procesal Penal	CPP
Corte Suprema de Justicia	CSJ
Convención Americana de Derechos Humanos	CADH
Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos	PIDCP
Ley Reguladora de las Actividades Relativas a las Drogas	LERARD
Tribunal Constitucional español	TC
Tribunal Supremo español	TS
Sala de lo Constitucional	SC

Bibliografía

- BACIGALUPO, *Estudios sobre la parte especial del Derecho penal*, Edit. Akal, Madrid, 1991.
- CEREZO MIR, *Curso de Derecho penal español*, Edit. B de F, Montevideo, 2008.
- CUESTA AGUADO, *Tipicidad e imputación objetiva*, Edit. Jurídica Cuyo, s/f, Mendoza.
- CURY, *La Ley penal en blanco*, Edit. Temis, Bogotá, 1988.
- GARCÍA VITOR, *La insignificancia en el Derecho penal. Los delitos de Bagatela*, Edit. Hammurabi, s/f, Buenos Aires.
- GÓMEZ BENÍTEZ, *Teoría Jurídica del Delito*, Edit. Civitas, Madrid, 1992.
- GULLCO, *Principios de la parte general del Derecho penal*, jurisprudencia comentada. Edit. Del Puerto, Buenos Aires, 2006.
- DEL OLMO, Las drogas y sus discursos, en: A.A.V.V., *De las penas*, Edit. Depalma, 1997.
- JOSHI JUBERT, *Los delitos de tráfico de drogas I. Un estudio analítico del art 368 CP*, Edit. Bosch, Barcelona, 1999.
- LUZÓN PEÑA, *Curso de Derecho penal, parte general*, Tomo I, s/f, Managua.
- MAIER, *Cuestiones fundamentales sobre la libertad del imputado y su situación en el proceso penal*, Edit. Lerner, Buenos Aires, 1981.
- MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, *El tráfico de drogas y la atipicidad de su tenencia*, Edit. Bosch, 2012.
- MARTÍNEZ OSORIO, “La detención provisional y su entendimiento constitucional: algunas reflexiones sobre el viejo y nuevo Código Procesal Penal”, en: A.A.V.V., *Ensayos doctrinarios sobre el nuevo proceso penal salvadoreño*, Corte Suprema de Justicia de El Salvador, San Salvador, 2011.
- MUÑOZ CONDE, *Introducción al Derecho penal*, Edit. B de F, Montevideo, 2001.
- QUERALT JIMÉNEZ, *Derecho penal español, parte especial*, Edit. Bosch, 1996.
- REY HUIDOBRO, *El delito de tráfico de drogas, aspectos penales y procesales*, Edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.

RODRÍGUEZ DEVESA/SERRANO GÓMEZ, *Derecho penal español*, Edit. Dykinson, Madrid, 1995.

WOLTER, “Las causas constitucionales de exclusión del tipo, del injusto y de la punibilidad como cuestión central de la teoría del delito en la actualidad”, en: A.A.V.V., *Cuestiones actuales de la teoría del delito*, Edit. McGrawhill, Madrid, 1999.

Bases legales y criminológicas de la Granja de Rehabilitación de Jóvenes en conflicto con la ley Penal Juvenil

Herbert Walter Aquino Silva

Audemus jura nostra defenderé.

SUMARIO

Introducción. Capítulo I. Conceptos básicos: 1.1 Situación de las personas privadas de libertad en las Américas. 1. 2 Situación de los centros de internamiento en El Salvador. Capítulo II. Marco legal: “Granja de rehabilitación de jóvenes en conflicto con la ley penal juvenil. 2.1 Naturaleza de las medidas. 2. 2 Privación de libertad y socio educación. Capítulo III. Fundamentos criminológicos de la Granja de Rehabilitación de Jóvenes en conflicto con la ley Penal Juvenil. 3.1 Concepto y etiología de la Delincuencia Juvenil. 3.2 El trabajo como factor rehabilitador en los jóvenes adultos sometidos a medidas de internamiento. Capítulo IV. Organización, función y competencia de la Granja de Rehabilitación de Jóvenes en conflicto con la ley Penal Juvenil, con sede en la ciudad de Ilobasco. 4.1. Concepto, características y pertinencia de las Granjas Penitenciarias. Organización función y competencia. Capítulo V. 5.1 Conclusiones y recomendaciones. Bibliografía.

La readaptación establecida en la Constitución, en lo que atañe a la justicia penal juvenil adquiere el nombre de finalidad socio-educativa. Y expresa su contenido a través de la “educación en responsabilidad” y en la “reinserción socio familiar del joven”, ambos conceptos son complementarios e integran una única respuesta: **No puede haber responsabilidad penal sin inserción social.**

Introducción

Mediante el Decreto Legislativo N° 20, del 15 de junio de 2006, publicado en el Diario Oficial N° 126, Tomo 375, del 07 de julio de 2006, surge la Dirección General de Centros Intermedios. En dicha oportunidad se agregó, el inciso 3° al artículo 119 de la ley Penal Juvenil, el cual textualmente expresa: “*Habrán centros intermedios para el cumplimiento de la medida de internamiento en los casos de personas que hayan cumplido los dieciocho años de edad, que requieran un tratamiento especializado o que su permanencia en el centro implique un perjuicio para los menores de edad*”. Estableciendo que los Centros Intermedios dependerán del Ministerio de Gobernación. El 06 de Septiembre del año 2006, por Acuerdo Ministerial No. 195, se incorpora a la estructura orgánica del Ministerio de Gobernación, a la Dirección General de Centros Intermedios, con el objeto de administrar los mencionados centros. Posteriormente a raíz de la reforma al Reglamento Interno del Órgano Ejecutivo, según decreto No. 125, de ese mismo órgano y publicada en el Diario Oficial el 05 de Diciembre de 2006, en tomo 373 numero 227, por medio de la cual se separan

del ramo de Gobernación las funciones de Seguridad Pública y las de Justicia, esta dependencia pasa a formar parte del Ministerio de Seguridad Pública y Justicia, hoy Ministerio de Justicia y Seguridad Pública.

El Ministerio de Justicia y Seguridad Pública, asumiendo el reto de dar un viraje radical al tratamiento de los jóvenes, coherente con las normas internacionales y nacionales vigentes sobre Administración de Justicia a jóvenes adultos en conflicto con la ley penal Juvenil, ha desarrollado una serie de estrategias de intervención con miras a elevar la calidad del servicio y brindar una posibilidad de cambio en base a un trabajo técnico planificado. Así, bajo esa línea, el 22 de marzo de 2012, en la ciudad de Ilobasco, las autoridades del Ministerio de Justicia y Seguridad Pública, comunicaban la edificación de la primera granja juvenil a un costo de ocho millones de dólares.

La granja en la actualidad ya fue finalizada y su entrega fue verificada en el mes de mayo de 2013. El nuevo centro intermedio se localiza en lugar denominado caserío Sitio Viejo. La edificación consta 24 manzanas o 165,107.77 mt² de las cuales 73,782.48 mt² está construido, es decir, el 45 por ciento de la totalidad del terreno.

Las autoridades se proponen equipar el centro para convertirlo en modelo para la implementación del programa de atención especializada e individualizada. Se busca que los jóvenes sean sujetos de su propio proceso de cambio, a través de los diferentes componentes del tratamiento. En este sentido, la Dirección General de Centros Intermedios – encargada directa de este proyecto- está clara en su propósito, que un programa para jóvenes privados de libertad debe tener, características de tipo educativo pese a las dificultades de la reclusión, promoviendo un tipo de convivencia diferencial y una atención integral, teniendo en cuenta la edad, opción sexual y personalidad; promoviendo su participación activa e incorporando, en lo posible, la participación familiar; siendo prioritaria la capacitación para el trabajo, que facilite su inserción laboral y productiva.

Teniendo en cuenta las razones anteriores, este documento define las bases legales y criminológicas de la nueva “*Granja de Rehabilitación de Jóvenes en conflicto con la ley Penal Juvenil*”, las cuales giran alrededor de tres ejes rectores: primero, se replantearan los *conceptos básicos* del Derecho Penal Juvenil, enmarcado en el escenario latinoamericano y desde la óptica del Derecho Internacional de los derechos humanos. En segundo término, se explicaran los nuevos aportes, que la criminología contemporánea ha incorporado, al polémico paradigma de la *reinserción social juvenil*; los factores criminógenos, haciendo una especial referencia a la problemática de las pandillas o maras. Finalmente, se reseña la *organización, función y competencia* de la Granja de Rehabilitación de Jóvenes en conflicto con la ley Penal Juvenil, determinando el régimen interno, el sistema de tratamiento, el cuerpo técnico y el personal directivo, que se deberá contratar para esta nueva institución.

Esperamos también, que este documento, sea la plataforma programática y filosófica; que conduzca las capacitaciones venideras, que serán impartidas a los nuevos empleados y funcionarios contratados, para la puesta en marcha de la nueva *Granja de Rehabilitación para Jóvenes en Conflicto con la Ley Penal Juvenil*.

Conceptos básicos

Para revisar la problemática que plantea la denominada “justicia juvenil”, es oportuno señalar ante todo que semejante cuestión no puede identificarse homogéneamente en todo lugar y en cualquier período histórico. Lo que hoy identificamos como niño, adolescente o joven, traduce la construcción de una categoría social que no ha existido siempre. Así, en el mundo antiguo, la Edad Media, hasta los albores de la Modernidad (finales del siglo XVIII), no conoció la categoría social de NNA. El infante afrontaba muy tempranamente responsabilidades adultas y su incorporación al mundo de los “grandes” (ya sea en el ámbito recreativo, familiar o en la producción agrícola) se verificaba muy pronto. En un contexto semejante, cabe afirmar que la duración de la infancia era notoriamente breve, a lo sumo podía durar de los primeros años de vida – sumamente frágiles – hasta su rápida y temprana incorporación al mundo laboral. Sólo a partir de ese momento el niño/joven comenzaba a importar un poco más, es decir, en la medida o en función de su “aporte”, de su fuerza de trabajo que pasaba a contribuir al sostenimiento económico de una determinada familia. Esta concepción se mantendrá en vigencia, hasta inicios del siglo XIX, época en la cual comenzará a experimentarse una separación del mundo del NNA, respecto al mundo del adulto.

Una situación como la descrita se reproducía en el ámbito del control jurídico penal²¹⁴. En efecto, los sistemas de justicia atribuían una responsabilidad por igual y, aunque marcaran ciertas diferencias, puede afirmarse que las instituciones penitenciarias recibían adultos y niños, con las tan difundidas imágenes de abusos que se producían en su interior fruto de semejante tipo de convivencia.

Este tipo de control jurídico penal fue construyéndose, con una característica especial y que podríamos apuntar para la reflexión, constituye un elemento estructural de la justicia juvenil que persiste, claro que con diferencias, hasta la actualidad: *la ambigua naturaleza de una intervención nacida entre pretensiones tutelares y realidades punitivas*.²¹⁵ Agregándose una pregunta que surge entonces evidente *¿Hasta qué punto arrastramos todavía hoy, tanto en la legislación, como en la práctica, los resabios de un modelo positivista de intervención?*

214. Son tres las tendencias que sobre la base de doctrinas como la “situación irregular” y la “protección integral” han presidido las legislaciones relativas a la justicia penal juvenil. Estos modelos son: Modelo tutelar, modelo educativo y modelo de responsabilidad.

215. Elemento estructural que se detectará con mayor realismo en la situación de las personas privadas de libertad en las Américas.

En el plano teórico las intervenciones²¹⁶ en el marco de la justicia juvenil; está sustentado en la doctrina de protección integral y las disposiciones de la CDN, en particular, los artículos 37 y 40, que fundamentan el Derecho Penal Juvenil y regulan el funcionamiento de sistemas de justicia especializados para resolver casos de infracción penal. Se considera, muy especialmente, el Comentario General N° 10 “Los derechos del niño en la justicia de menores”, emitido por el Comité de Derechos del Niño, el año 2007. Desde esta óptica, se asume la Justicia Penal Juvenil como un sistema articulado de principios, instituciones, normas y procedimientos. Su especialidad deriva del enfoque de la doctrina de la protección integral en la necesidad de afrontar una situación especial: *la de las personas menores de edad que cometen delitos*. Atendiendo a las particularidades de los sujetos, personas adolescentes, el principio educativo caracteriza al Derecho Penal Juvenil, y es consecuencia y derivación de los principios de la protección integral.

Miguel Cillero Bruñol, expresa: *“La respuesta social ante las infracciones de adolescentes a la ley debe ser profundamente educativa en sí misma y no articularse por la vía de la represión o punición para culminar con una medida socioeducativa”*²¹⁷.

En consecuencia, desde el punto de vista del mundo legal (deber ser), los sistemas de Justicia Penal Juvenil, tienen como características esenciales, las siguientes:

1. Comprenden exclusivamente supuestos en los que una persona que tiene menos de dieciocho años comete un delito.
2. Se excluye de la intervención del sistema a las personas que se encuentran por debajo de la edad mínima de responsabilidad penal que adopta cada Estado.
3. La atribución de responsabilidad en función de la particular condición de sujeto en formación se expresa en consecuencias jurídicas diferentes a las de los adultos.
4. La privación de la libertad constituye una sanción alternativa, que debe ser aplicada excepcionalmente, después de analizar la no viabilidad de las sanciones no privativas de libertad, en casos de delitos graves, y limitada en el tiempo. El sistema debe contar con una amplia gama de salidas alternas o mecanismos de des-judicialización.
5. La sanción penal juvenil tiene un doble carácter: punitivo y educativo. En esta relación, lo educativo debe ocupar un lugar primordial.

216. El termino se utiliza desde la criminología como *“el conjunto de actividades realizadas por determinados profesionales, como agentes de cambio, con el fin de mejorar la situación social y personal del sujeto sobre el que se interviene”*. Este concepto trasciende a los de terapia o tratamiento, más acordes con una visión basada en el modelo médico.

217. En *“Adolescentes y Sistema Penal: Proposiciones desde la Convención sobre los Derechos del Niño”*, en Justicia y Derechos del niño. UNICEF, Buenos Aires, 2000.

6. Los sistemas tienen que ser especializados, en cuanto a sus actores (jueces, fiscales, defensores, policías, equipos interdisciplinarios), programas para la ejecución de las sanciones, centros de internamiento, normativa y procedimientos.

Las diferentes leyes sobre Justicia Penal Juvenil vigentes en América Latina expresan una conceptualización de los fines socioeducativos, en correlación con la aplicación de las sanciones penales juveniles. La visión integral que expresan estas leyes se orienta a reforzar el sentido de responsabilidad de las personas adolescentes y el desarrollo de sus capacidades, dotándoles de oportunidades para un mayor nivel de educación. Si bien las sanciones socioeducativas son esenciales, no es necesario llegar a la imposición de una sanción para cumplir los fines socioeducativos. En este sentido la reinserción social, objetivo último del sistema, se define para estos efectos como *la acción educativa compleja e integral, que busca limitar los efectos de la sanción y ejecutar acciones de responsabilización, reparación, habilitación e integración del adolescente*. De esta manera se concretan los principios que integran la orientación del derecho penal, denominado de *Intervención penal mínima*, el cual según Alejandro Tsukame Saéz²¹⁸, se expresa en el ámbito juvenil, así: Las medidas impuestas a los jóvenes deben posibilitar o, al menos, no obstaculizar su proceso de reinserción social (respuestas oportunas y proporcionales; preferencia por la aplicación de sanciones en el medio libre; tratamiento desjudicializado de conflictos de escasa intensidad; reemplazo o término de las sanciones privativas de libertad cuando convenga al interés superior del adolescente; respeto a los derechos y garantías del adolescente en la ejecución de las medidas).

Sigue Tsukame Saéz dando contenido a los siguientes términos:

- *Responsabilización*: En tanto reflexión sobre el respeto a los derechos de terceros, o como una reparación del daño causado, o como una toma de conciencia respecto del impacto de la infracción en la propia vida de los jóvenes.
- *Reparación*: La reparación (auto reparación) otorga a los jóvenes un mayor control de sus vidas, después de haber estado sometidos a graves vulneraciones de derechos y a procesos de estigmatización y criminalización.
- *Habilitación*: Como proceso de desarrollo de competencias y habilidades que posee el joven, requeridas para la construcción de un proyecto de vida con componentes convencionales.

218. Esta concepción la expresa el sociólogo español en su ensayo, "Reinserción social de jóvenes infractores de la ley penal: un modelo socioeducativo", consultado el día 11-11-013, a las 14 h. en el sitio avtsukame@yahoo.es.

- *Integración social:* Velar porque existan oportunidades de integraciones sociales sólidas y de calidad, porque el joven logre una inserción duradera, y adopte una identidad acorde con ellas.
- a. Por otra parte, la implementación del modelo socioeducativo requiere del concurso de otras áreas y actores de la política pública destinada a los jóvenes infractores, y una articulación y planificación acordes con esta interdependencia. Se requiere implementar estrategias diversas, tales como: modelos de evaluación y acogida (vínculo socioeducativo); estrategias de complementariedad programática entre sectores; organización de la oferta programática según los fines declarados; supervisión, seguimiento y sistematización de las buenas prácticas de intervención; trabajo con las familias de los jóvenes; y perspectiva de género en la intervención educativa, entre otras posibles. En consecuencia es comprensible, el porqué, la Convención sobre los Derechos del Niño en su artículo 40 numeral 1 establece los propósitos que, según el consenso de la comunidad internacional expresado en dicha Convención, debieran ser los de la justicia penal juvenil y de las restricciones a aplicar. Tales propósitos son: a) fortalecer el respeto del niño y de la niña por los derechos humanos y las libertades fundamentales de terceros, b) tener en cuenta la edad del niño y de la niña, c) promover la reintegración de las personas menores de edad y que éstas asuman una función constructiva en la sociedad.

Por tanto espacios como *granjas juveniles, campamentos de trabajo, “granjas Industriales Juveniles de recuperación”;* *centros de inclusión social o centros especializados,* entre otros., son escenarios útiles para hacer realidad estos propósitos.

Finalmente para cerrar este primer acápite, es necesario dilucidar el concepto de juventud²¹⁹, que utilizaremos con frecuencia en el presente estudio, el cual definimos de teniendo en cuenta dos instrumentos legales, a saber:

La Convención Iberoamericana de los Derechos de los Jóvenes, considera bajo las expresiones “joven”, “jóvenes” y “juventud” a todas las personas, nacionales o residentes en algún país de Iberoamérica, comprendidas entre los 15 y los 24 años de edad. Esa población es sujeto y titular de los derechos que esta convención reconoce, sin perjuicio de aquellos que igualmente benefician a los menores de edad por aplicación de la Convención Internacional de los Derechos del Niño. Según dicha Convención, la juventud es una etapa de la vida «*donde se forma y consolida la personalidad, la adquisición de conocimientos, la seguridad personal y la proyección al futuro*»²²⁰.

219. Cuantitativamente, son 1, 089, 107 personas con edades entre los 15 y 29 años. Es decir, que representan el 19.9%. Según FUNDAUNGO (2012). Diagnóstico de situación de la población joven en El Salvador. San Salvador, junio de 2012. Págs. 66-72.

220. Convención Iberoamericana de los Derechos de los Jóvenes, Preámbulo.

También nuestra Ley General de Juventud, al respecto en el artículo 2, expresa: *“Para los fines de la presente ley, se considera joven a la persona comprendida en el rango de edad de los 15 a los 29 años, sin distinción de nacionalidad, etnia, género, religión, discapacidad, situaciones de vulnerabilidad o cualquier otra condición particular. Lo (...) anterior no sustituye los límites establecidos en otras leyes, tratados o acuerdos internacionales ratificados por El Salvador, en los que se establecen garantías y responsabilidades”*.

1.2 Situación de las personas privadas de libertad en las Américas

Se inicia este apartado con la siguiente cuestión ¿Cuál es la situación carcelaria en las Américas?. Desde la observación de organismos regionales de derechos Humanos, las condiciones de los Centros de internamiento para jóvenes en el continente, se pueden caracterizar por cinco peculiaridades comunes²²¹:

- a. Ausencia de políticas públicas penitenciarias compatibles con los estándares internacionales.
- b. Abandono de los centros penitenciarios.
- c. Existencia de hacinamiento y la sobrepoblación carcelaria.
- d. Discriminación en el trato a la población interna y en la aplicación de la ley.
- e. Autoritarismo y arbitrariedad en los centros de privación de libertad.

En cuanto a la ausencia de políticas públicas, según la relatoría CIDH, no se observa voluntad política para implementar y estructurar de manera consensuada con la comunidad, con la familia, y con los sectores directamente involucrados, políticas públicas eficaces, humanistas y compatibles con la dignidad y los derechos fundamentales; compatibles con las exigencias de un Estado constitucional y democrático de derecho. Lo que conlleva a la carencia de políticas públicas compatibles con los estándares internacionales en materia de derechos humanos. Las políticas públicas que se han constatado – según el organismo de derechos humanos- es de corte represivo, son políticas de “mano dura” definidas por el castigo, el encierro y aislamiento, excluyentes de la participación de las familias y de la comunidad; promueven el ocio carcelario, que es el enemigo principal de la reinserción socio familiar de los internos.

No obstante hay avances legislativos, en materia de leyes sobre adolescentes infractores. Sin embargo, una buena ley con una mala práctica no puede, definitivamente, producir los efectos para los que ha sido prevista.

En cuanto al abandono carcelario, explica la CIDH, se observa una desidia de las autoridades responsables de las instituciones de adolescentes infractores de la ley;

221. Sobre este aspecto, siga la Relatoría sobre los Derechos de las Personas Privadas de la Libertad de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, presentada en Buenos Aires, en el año 2007 y recogida en el Cuadernillos de Justicia Penal Juvenil, publicados por la Dirección Nacional de Asistencia Directa a Personas y Grupos Vulnerables de la Secretaría de Derechos Humanos del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de Argentina y Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia.

lo que es más grave aún, un abandono de la Justicia. En consecuencia el abandono carcelario del que se habla, no es sólo la dejadez de las autoridades penitenciarias, sino de los jueces de ejecución de medidas, de los jueces penitenciarios, de los jueces que instruyen los procesos penales, y en algunos casos, hasta de los mismos defensores públicos. El abandono según el documento citado, se traduce también en el acceso a los derechos sociales fundamentales en los centros de privación de libertad en cuanto a la alimentación precaria que reciben los internos. Por ejemplo –indica el informe– en Escuintla, Guatemala, en el centro de menores infractores, el personal de la institución jamás entra al interior del recinto. La comida se les da en bolsas plásticas que dejan en la entrada del establecimiento para que los mismos internos se la distribuyan en 300 raciones que nunca alcanzan para todos, por lo que siempre hay violencia por la distribución de la alimentación. Por supuesto, eso provoca hambre, desnutrición y resentimiento, generador de brotes brutales de violencia.

En cuanto al hacinamiento y a la sobrepoblación –expone la CIDH– es lamentable que todavía se observen casos de tortura y, de manera muy generalizada, tratos crueles, inhumanos y degradantes. Hay una falta extendida de infraestructura carcelaria y de presupuestos penitenciarios adecuados para que el mismo sistema cumpla con sus objetivos fundamentales de socialización.

En cuanto a la discriminación –afirma el Relator– (...) *“hemos observado una aplicación selectiva de las leyes penales y de las leyes que se aplican a los jóvenes infractores. Hay un trato diferenciado por distintos motivos: posición económica, origen social, pensamiento político e ideológico. Lamentablemente, también los hay por género y raza. Las cárceles de Oaxaca, en México, son un ejemplo de la discriminación por motivos de raza”*.

Por otra parte, hay un tráfico de influencias que propicia el comercio de drogas y de armas al interior de los centros penitenciarios y de las instituciones juveniles de internamiento. Definitivamente, todo esto redundará de manera negativa en la afectación de grupos vulnerables, como los indígenas, los adolescentes, los pobres, las mujeres y los afro descendientes.

Por último, expone el relator de la CIDH, el autoritarismo y la arbitrariedad están cobrando mucha fuerza en varios países. La ley no es precisamente la que impera, no es el derecho el que impera, sino la apreciación discrecional y desmedida de muchas autoridades, que actúan sin control alguno, incluso sin control judicial, sin control de entidades de una fortaleza moral y ética, como la Defensoría del Pueblo, que en varios casos, sus miembros no pueden ingresar libremente a los centros carcelarios y penitenciarios. Definitivamente, eso propicia la tortura y el trato brutal, trastorna el régimen de visitas, y establece como sistema de castigo el aislamiento, el encierro, la incomunicación, los traslados arbitrarios, la afectación del derecho a la defensa, la proliferación de cárceles de alta seguridad y, en definitiva, genera condiciones propicias para la impunidad en los centros penitenciarios y de internamiento.

1.3 Situación de los centros de internamiento en El Salvador

En el caso de El Salvador, organizaciones y asociaciones, vinculadas al ámbito de la justicia juvenil, en diversas ocasiones han insistido, en afirmar que existen graves y reiteradas violaciones a los derechos humanos hacia las personas sometidas al sistema penal juvenil, privadas de libertad en los centros de resguardo y de internamiento del país²²². Señalamientos, muy similares a los contenidos en la Relatoría de la CIDH. El comunicado, en síntesis expresa:

- Que el funcionamiento de los centros destinados para la privación de libertad de los jóvenes dista de cumplir con las condiciones mínimas para las cuales fueron creados y no garantizan la seguridad física, la estabilidad emocional, ni proveen procesos reeducativos efectivos resultando en una profundización de la crisis de violencia y delincuencia y no en una reinserción social efectiva y positiva.
- En el caso de los jóvenes en detención administrativa (privados de libertad en flagrancia o por orden judicial) la Ley Penal Juvenil establece que la privación de libertad de las personas menores de dieciocho años deberá ejercerse en lugares de Resguardo, que operarían provisionalmente en las Alcaldías Municipales de cuatro cabeceras principales del país. Tratándose de este tipo de privación de libertad durante su permanencia en estos centros se establece que podrían estar bajo el cuidado de sus parientes o de personas responsables de su guarda. Sin embargo, a partir del año 2001 se empezó a utilizar las bartolinas de la Policía Nacional Civil -PNC-, sin que mediara reforma legal y cayendo en una evidente transgresión a las leyes internas y a las normas de protección a derechos de niños y niñas, situación anómala por la cual se han provocado una serie de violaciones de los derechos humanos de los y las personas menores de edad.
- Entre las violaciones a los derechos de los y las menores de edad en detención administrativa²²³ señalamos la falta de infraestructura adecuada,

222. Comunicado presentado – entre varias organizaciones y asociaciones nacionales y centroamericanas- por la Fundación de Estudios para la Aplicación de Derecho -FESPAD- el 31-3-09.

223. La procuraduría para la defensa de los derechos humanos, en su informe de 2006, sobre esta situación expresa: “Los delitos que con mayor recurrencia generan la detención de jóvenes son el Robo y las Asociaciones ilícitas, pero también había jóvenes detenidos por amenazas, desórdenes, hurto y delitos más graves como violación, secuestro y homicidio. De la totalidad de jóvenes entrevistados, el 57% expresó que recibió asistencia legal, sin embargo el porcentaje se reduce al 46% al consultar si tienen asignado abogado defensor con quien se entrevistaron en la bartolina, por no contar la instalación con un lugar destinado para ello, agregando el 60% de los jóvenes que desconocían la fecha en que se realizaría la audiencia inicial. Pese a ser una obligación legal para la Policía, el hacer del conocimiento de los detenidos los derechos que les asisten al momento de efectuar la captura (artículo 12 de la Constitución), el 80% de los jóvenes expresó que no se le hicieron de su conocimiento y del restante 20%, la mitad expresa que se los hizo de su conocimiento el abogado defensor, es decir, sólo en el 10% de los casos, los jóvenes fueron informados de los derechos que les asisten por medio de los agentes que llevaron a cabo la detención. Por otra parte, el 49% de los jóvenes expresaron que fueron objeto de algún tipo de agresión al momento de la detención, entre ellos, expresaron haber sufrido malos tratos, golpes en el rostro, pechadas y patadas. El 80% de los jóvenes entrevistados expresó que habían sido objeto de maltrato y de los que expresaron haber sido agredidos, en un 40% expresaron que se debió a agresiones ocasionadas por los

siendo ubicados muchas veces en celdas juntamente con personas adultas y, en el caso de no contar con espacio físico suficiente, se les ubica espasados a ventanas, bancas u otros lugares, sin posibilidad de tener movilidad e incluso, debiendo permanecer parados durante muchas horas; asimismo, no reciben alimentación y no está permitido el contacto familiar. Las celdas no reúnen las condiciones mínimas para la salud e higiene y a veces no hay acceso a agua potable. El Instituto Salvadoreño para el Desarrollo Integral de la Niñez y Adolescencia -ISNA-, incumple gravemente sus deberes en la medida que no administra, vigila, ni controla la detención administrativa.

- En el caso de los Centros de Internamiento las condiciones en que los y las jóvenes cumplen la medida preventiva y/o medida de internamiento definitiva en los centros reeducativos, ha llevado a darse salvajes muertes al interior de estos centros; las continuas riñas, el consumo y tráfico externo e interno de droga; el ingreso de celulares y objetos prohibidos; el hacinamiento; la ausencia de condiciones adecuadas de limpieza; la ausencia de programas socioeducativos o especializados; la falta de recurso humano calificado, además de dificultades presupuestarias para el desarrollo de todas las actividades; y adicionado la pérdida de control y autoridad en los centros²²⁴. Tal situación conlleva al incumplimiento a los deberes estatales definidos por las normas internacionales y nacionales que regulan las condiciones en que deben funcionar los centros de privación de libertad para personas menores de edad²²⁵.

Es importante destacar que sobre la situación de los centros de internamiento en el país, se cuentan con algunos estudios, los cuales comenzaron a surgir, casi desde que empezó la Ley del Menor Infractor (marzo de 1995), hoy Ley Penal Juvenil. En el cuadro siguiente reflejamos sumariamente el contenido y la autoría de los mismos.

1.4 Investigaciones sobre los centros de internamiento en el país

Diagnóstico regional sobre las condiciones de la detención. “La mayoría de los jóvenes entrevistados participaban en capacitaciones de formación laboral y profe-

otros detenidos. Sin embargo, durante la verificación realizada, únicamente dos internos presentaban golpes. Dos jóvenes expresaron haber sido objeto de maltrato psicológico por parte del personal de custodia, quienes constantemente los insultaban y les expresaban “que no era su responsabilidad que quisieran ir al baño”, “que debían aguantarse” y que se limitaban a permitirles una vez al día hacer uso del servicio sanitario”.

224. Tal como plantearon algunos medios de comunicación, en relación a los disturbios ocurridos en el Centro de intermedio de Tonacatepeque, los cuales dejaron un saldo de seis internos muertos la tarde del 24 de septiembre de 2013.

225. Es de luctuosa memoria el incendio en el Centro Intermedio de Ilobasco, ocasionado por un corto circuito, que cobró la vida de 27 reos y provocara 11 quemados. El 10 de noviembre de 2010. Paradójicamente, nueve días después los Diputados aprobaban \$ 124, 275. 00 para pagar el proyecto de mejoramiento y readecuación de Infraestructura del Centro.

sional (83%).(...) Sin embargo, el estado de los talleres presentaba bastantes limitaciones en equipo, materiales e instructores de alta capacidad técnica”. 2004.

Informes especiales de la PDDH. Se imponían sanciones sin el procedimiento legal previo que son las Juntas Disciplinarias. Se detectó también que se imponían sanciones no autorizadas por la ley como son: la prohibición de la visita familiar, el encierro en celdas de castigo.2003/2005.

Informe elaborado por la OJJ. Los talleres no cuentan con los insumos, instructores ni el sostenimiento debido; no existe oferta de trabajo para estos jóvenes; no se aprovechan los espacios físicos para la instalación de granjas, en lugares tales como Ilobasco. 2005/2007.

De final, hacemos referencia, a un cuadro resumen de la situación del centro intermedio de Ilobasco, detallado con algunos ejemplos; según estudio, realizado por la Oficina de Justicia Juvenil, de la CSJ, en el año 2007, publicado en febrero de 2008. El cual tenía por objeto- según el mismo texto de la investigación: “*Conocer la situación de los Centros de Internamiento para el cumplimiento de la finalidad socio-educativa de la sanción penal privativa de libertad*”.²²⁶ En consecuencia el objetivo del análisis era, realizar una valoración de las posibilidades de inserción socio familiar de los jóvenes, privados de libertad y presentar a las autoridades respectivas y a la sociedad en general, las conclusiones y recomendaciones necesarias para el mejor cumplimiento de esa finalidad socio-educativa.

Situación	Ejemplo²²⁷
1. Condiciones físicas.	<i>“Las condiciones físicas del centro han empeorado y la situación se agrava pues ahora la población ha aumentado y se ha verificado una reducción del espacio físico disponible debido a que uno de los sectores se ha destinado para los talleres”.</i>
2. Actividades.	<i>“No existe un programa de inserción social definido, sino la suma de acciones tales como la escuela, algunas charlas y talleres, los cuales a su vez carecían de recursos humanos y materiales para su desarrollo o se encontraban en mal estado”.</i>

226. Op. Cit página 9.

227. Tomado de Situación de los centros de internamiento para jóvenes en conflicto con la ley penal /Francisca Cano López, Bertha Noemí Reyes Najarro, Doris Luz Rivas Galindo, Jaime Martínez Ventura. San Salvador, 2008. Páginas: 34-36.

3. Menos temor de las autoridades de ingresar a los sectores

“La visita se hizo en compañía de los custodios y en general se notó el temor de las autoridades a establecer contacto directo con los jóvenes, lo cual volvía imposible el diálogo y por ende el conocimiento de primera mano de las necesidades e intereses de los jóvenes. De hecho, el día de la visita los jóvenes habían enviado solicitudes concretas a los jueces de ejecución de medidas al menor, referidas al olvido en que los tenían las autoridades del centro”.

Ilustrando aún más este recorrido por el continente, en el informe sobre los derechos humanos de las personas privadas de libertad en las Américas (2011) la CIDH²²⁸ expresa: *“uno los problemas más graves y extendidos en la región es precisamente la falta de políticas públicas orientadas a promover la rehabilitación y la readaptación social de las personas condenadas a penas privativas de la libertad”²²⁹. En este sentido, el hecho de que la población carcelaria del Estado sea significativamente joven, hace aún más imprescindible el que se desarrollen políticas efectivas de rehabilitación, que incluyan oportunidades de estudio y trabajo; toda vez que se trata de una población que puede tener una vida productiva por delante, y que de no ser así dicha población corre el riesgo de permanecer en un ciclo de exclusión social y reincidencia criminal”.* A este respecto, la CIDH subraya que la condición fundamental para el logro de los fines de la pena es que el Estado, como garante de los derechos de las personas privadas de libertad, adopte las medidas necesarias para respetar y garantizar los derechos a la vida e integridad personal de los reclusos, y asegure condiciones de reclusión compatibles con su dignidad humana. Así, por ejemplo, es imposible cualquier expectativa de rehabilitación personal y readaptación en sistemas penitenciarios – o de ejecución de medidas de internamiento- en los que existen patrones sistemáticos de tortura y tratos crueles, inhumanos y degradantes contra los reclusos por parte de las propias autoridades; en los que se reportan altos índices de violencia carcelaria; en los que existen cárceles en las que el control efectivo de la seguridad interna es ejercido por los propios presos, y no por las autoridades competentes; o en los que el Estado no provee condiciones mínimas de espacio, alimentación, higiene y atención médica. En consecuencia la creación y puesta en marcha de la GRJCLPJ²³⁰, es de mucha importancia para el país y para los jóvenes sometidos a la medida de internamiento. Dado que el trabajo, desde los orígenes del encerramiento ha sido visto como una estrategia de capacitación y rehabilitación por excelencia. En primer lugar toda actividad laboral mayoritariamente está orientada a la productividad y al logro de un salario.

228. Informe sobre los derechos humanos de las personas privadas de libertad en las Américas / Comisión Interamericana de Derechos Humanos. 2011. Página 233- 236. Consultado el 11 -11-13 a las 16h. En el sitio www.cidh.org.

229. Asimismo, un estudio reciente elaborado por ILANUD concluyó que de los cinco problemas o necesidades principales de los sistemas penitenciarios de América Latina, el primero es la ausencia de políticas integrales que comprendan, entre otros elementos, la rehabilitación de los reclusos. Instituto Latinoamericano de las Naciones Unidas para la Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente (ILANUD), *Cárcel y Justicia Penal en América Latina y el Caribe*, 2012, págs. 28, 31.

230. Ya previstas en el artículo 111 de la Ley Penitenciaria, en el caso de los adultos, *“En los centros donde existan tierras disponibles para el cultivo, se organizará el trabajo agrícola conforme indique el reglamento de cada centro penitenciario.”*

También fortalece, corrige y permite dar seguimiento a patrones disciplinarios y de auto control. En tercer lugar el trabajo permite al muchacho, desarrollar actividades de tratamiento, que sería casi difícil cumplirlas si no se contará con una actividad laboral.

Ventajas del trabajo penitenciario según Simón (1983)

1. Produce bienes e ingresos.
2. Proporciona capacitación y la posibilidad de rehabilitación a través de las tareas.
3. Resulta un vehículo para inculcar disciplina sobre el tiempo y el trabajo a aquello que eran incapaces o no deseaban encontrar un adecuado empleo pagado.
4. Es un mecanismo de control, que suministra una manera de ordenar el tiempo y mantener ocupado los internos.

Aunque es importante aclarar en este punto, que el modelo educativo que adopte el Estado salvadoreño, en la GRJCLPJ, no debe estar determinado únicamente a tratar las posibles deficiencias psicológicas de los jóvenes en conflicto con la ley; o en su desarrollo moral, o concebirse solamente como un medio para la capacitación laboral del interno; sino que la preocupación fundamental en la educación en el entorno penitenciario debe ser la dignidad humana. Porque, la dignidad humana presupone el respeto de la persona, tanto en su actualidad, como en su potencialidad. Por ello, la educación debería estar orientada al desarrollo integral del muchacho. Siendo el GRJCLP, una óptima oportunidad para volver realidad, los fines socioeducativos, que son la razón de ser del derecho penal juvenil²³¹.

No hay que olvidar, que las pandillas juveniles o maras, son un fenómeno que nace de las situaciones de exclusión, pobreza, marginación que viven muchos jóvenes. Así, la falta de espacios propios, de ámbitos sociales donde la pertenencia es valorada, la carencia de una formación adecuada, de un empleo digno, de una remuneración; hacen que los jóvenes – muchas veces relegados a la calle – construyan su propio ambiente. Sucede que el modelo de pandilla que trajeron los deportados, con sus promesas de pertenencia, respeto, hermandad, solidaridad, y cuidado – además con su propio estilo y modo de ser – se volvió una atracción para esos muchachos. Sin embargo, el otro lado de la medalla de pertenencia es violencia, delincuencia, y más exclusión todavía. Por su parte, la DGCI consecuente a la realidad planteada, por medio de la GRJELPJ, busca dar atención al problema social que es la raíz del fenómeno de las pandillas y maras. Sabedores que esta nueva proyección, solo es una actividad de prevención terciaria, que unidas a otras, podrán en un

231. Ya que un joven que cumple una medida de internamiento, pero sin una socialización, es como no cumplir la sanción. Muchas horas vacías en su mente y nadie que le haya reconducido sus intenciones. Probablemente cuando salga a la calle, termine por acabar lo que un día comenzó, ya que el odio se ha incrementado y él sigue pensando que lo que hizo estaba bien, que era lo correcto y que su 'encierro' es por culpa de la víctima.

futuro cercano, disminuir los índices de violencia que afectan en este momento a la sociedad salvadoreña.

2. Marco legal

El artículo 27, inciso 3°, de la Constitución de la República de El Salvador, dispone que “(...) El Estado organizará los centros penitenciarios con el objeto de corregir a los delincuentes, educarlos y formarles hábitos de trabajo, procurando su readaptación y la prevención de los delitos”. Esta disposición determina la función constitucional de la pena privativa de libertad: en primer lugar, debe buscar *la readaptación del delincuente*, a través de medidas que incluyan la educación y formación de hábitos de trabajo y, en segundo lugar, la *prevención de los delitos*. Consecuencia de ello es que la pena, en nuestro marco constitucional, ejerce una función de carácter principalmente utilitario, pues busca en primer lugar la resocialización del delincuente. Como bien apuntan las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos, adoptadas en 1955 por el Primer Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, *“el fin y la justificación de las penas y medidas privativas de libertad son, en definitiva, proteger a la sociedad contra el crimen. Sólo se alcanzará este fin si se aprovecha el período de privación de libertad para lograr, en lo posible, que el delincuente una vez liberado no solamente quiera respetar la ley y proveer sus necesidades, sino también que sea capaz de hacerlo”*.

En lo relativo a las penas aplicadas a las personas menores de edad, las cuales son llamadas “medidas” por la Ley Penal Juvenil, la Constitución de la República en su artículo 35 inciso segundo determina que *“(...) La conducta antisocial de los menores que constituya delito o falta estará sujeta a un régimen jurídico especial (...)”*, es decir, que las mismas deben ajustarse al cumplimiento del propósito constitucional, pero teniendo en cuenta en su determinación, aplicación y ejecución las situaciones particulares de desarrollo y formación de la personalidad de las y los jóvenes. En ese sentido, la Convención sobre los Derechos del Niño en su artículo 40 numeral 1 establece los propósitos que, según el consenso de la comunidad internacional expresado en dicha Convención, debieran ser los de la justicia penal juvenil y de las penas a aplicar. Tales propósitos son: (a). *Fortalecer el respeto del niño y de la niña por los derechos humanos y las libertades fundamentales de terceros* (b). *Tener en cuenta la edad del niño y de la niña* (c). *Promover la reintegración de las personas menores de edad y que éstas asuman una función constructiva en la sociedad*. Por otra parte, la Ley Penal Juvenil, en su artículo 3, prescribe que los principios orientadores de la justicia juvenil son la protección integral del menor, su interés superior y el respeto a sus derechos humanos, los cuales cumplen funciones de orientación y límite acerca del tipo de justicia que debe serles impartida, con características especiales como la aplicación de salidas alternas al proceso penal o desjudicialización y, en los casos en los que no es posible, orientan también las condiciones que deben asegurarse en el cumplimiento de las llamadas “medidas”; los últimos dos principios, que son la formación integral y la reinserción en su familia y en la sociedad, son los propósitos finales de la justicia juvenil que se ajustan cabalmente a los parámetros

de la Convención y son conocidos en conjunto como el fin socio educativo. Lo que permite concluir que la *readaptación* establecida en la Constitución, en lo que atañe a la justicia penal juvenil adquiere el nombre de *finalidad socio educativa* y expresa su contenido a través de la “educación en responsabilidad” y en la “reinserción socio familiar del joven”, ambos conceptos son complementarios e integran una única respuesta: no puede haber responsabilidad penal sin inserción social.

De acuerdo con Borja Mapelli²³², *la reeducación y la reinserción social* se han planteado históricamente como vinculantes, como dos caras de una misma moneda, lo cual no impide que cada una de ellas cuente con un contenido autónomo y complementario. Así, se hace justicia a la idea de *reeducación* cuando se dice que ella obliga a que en la ejecución penal existan instrumentos (como la educación, el trabajo, el tratamiento psicológico, la ayuda a la persona una vez que sale de prisión) dirigidos a posibilitar que la persona condenada a vivir el internamiento tenga oportunidades de afrontar las causas que lo llevaron a delinquir. Es indudable que esta pretensión de transformar los factores que explican la delincuencia a través de actividades realizadas en el “internamiento” está sometida a grandes dificultades pues, como destacan múltiples estudios criminológicos, el encarcelamiento disminuye las posibilidades de llevar una vida normal. La reinserción social y familiar bajo una visión humanitaria incluye dos exigencias básicas: por una parte, obliga a que las penas *no sean de una duración tan larga* que cualquier perspectiva de reintegración de la persona en su mundo social sea ilusoria; y, por otra, requiere que, durante la ejecución, se mantenga por *diversas vías la relación de la persona con el mundo exterior*. A este segundo aspecto de la idea de reinserción responden, instituciones como los permisos penitenciarios, el régimen de semi libertad o la libertad condicional y en el caso de la justicia penal juvenil la idea de atender, conservar y fomentar los vínculos familiares del joven (véase el artículo 120 inciso final de la Ley Penal Juvenil). Una de las críticas formuladas a la llamada ideología “re,” de “re-educación” y “re-socialización”, consiste en que en ambos casos él y la joven en conflicto con la ley se encuentran en una etapa de su desarrollo bio-psico-social en la que no ha culminado su proceso de maduración, razón por la cual debiera preferirse hablar de “socialización y “educación” y no de “re-socialización”. En este documento no se toma una posición tajante sobre esta precisión conceptual y por lo tanto las categorías de inserción y reinserción serán utilizadas indiferentemente.

En la práctica, la reinserción entra en crisis²³³ cuando:

232. Mapelli Caffarena, Borja/Terradillos Basoco, Juan: *Las consecuencias jurídicas del delito*, Civitas, Madrid, 1999, pág. 69-72.

233. En el mismo sentido, la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia en la Resolución contra la Ley Transitoria Contra la Delincuencia y el Crimen Organizado, pronunciada el 14 de febrero de 1997, se manifestó estableciendo que:

(...) la prohibición de cierto tipo de penas que no son coherentes al grado de desarrollo del derecho penal, tiene un sentido en la Constitución, y es el de racionalizar la sanción de las infracciones penales, autorizando su utilización respecto de actos antijurídicos que efectivamente lesionen bienes jurídicos esenciales, y limitando sus efectos al logro de la mencionada resocialización, lo cual no puede ser alcanzado cuando el ejercicio del poder penalizador del Estado se desborda en abuso y vulneración de derechos fundamentales y principios esenciales de la estructura constitucional (...). De tal consideración se

- Los objetivos de la reinserción se alcanzan antes del tiempo de duración de la medida y con ello la continuación de la medida no se justifica.
- En los casos en que no existe necesidad de reeducar o resocializar al individuo.
- En las situaciones en las que el sistema de internamiento se encuentra en crisis y por ende incapacitado para contribuir al cumplimiento de dichos propósitos.

Lo anterior permite precisar algunas características que deben cumplir las sanciones penales juveniles para favorecer los propósitos para los cuales fueron creadas. Éstas son:

- La flexibilidad de la medida definitiva impuesta en función del avance del joven en su proceso de educación en responsabilidad²³⁴.
- La revisión permanente, a fin de supervisar que en cada momento la medida se ajuste a los fines últimos establecidos por la Constitución y las leyes.
- La temporalidad, es decir, el establecimiento de un término máximo para conseguir los propósitos de la medida.
- La factibilidad, o sea, la posibilidad real de que la medida pueda ser practicada.

2.1 Naturaleza de las medidas

Conforme a los estándares internacionales²³⁵ sobre los derechos de la niñez en conflicto con la ley penal, se entiende por privación de libertad *“Toda forma de detención o encarcelamiento, así como el internamiento en un establecimiento público o privado del que no se permita salir al menor por su propia voluntad, por orden de cualquier autoridad*

advierte que el agravamiento de las penas... no se adecua a la finalidad prescrita por el art. 27 Cn., pues se desnaturaliza su función resocializadora y se le convierte en un mecanismo intrínsecamente represivo (...).”

234. Hablando de adultos, las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos, otorga un papel muy importante al tratamiento, lo que permitirá evaluar al interno en sus avances en su proceso de reeducación. Extrapolando esta idea a la justicia juvenil, podemos considerar lo expresado, por las Reglas Mínimas, en la ejecución de la medida de internamiento, conforme a las cuales, *“en tanto que la duración de la condena lo permita, el tratamiento deberá inculcar a los condenados, la voluntad de vivir conforme a la ley, mantenerse con el producto de su trabajo y crear en ellos la aptitud para hacerlo. Dicho tratamiento estará encaminado a fomentar en ellos el respeto de sí mismos y desarrollar el sentido de responsabilidad (...).”*

235. Dichos estándares internacionales, conocidos tradicionalmente como “doctrina de la protección integral”, están conformados, entre otros, por la Convención sobre los Derechos del Niño, las Reglas mínimas de las Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de la libertad de 1990 (Reglas de Tokio), las Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores de 1985 (Reglas de Beijing), las Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad de 1990, las Directrices de las Naciones Unidas para la prevención de la delincuencia juvenil de 1990 (Directrices de Riad).

*judicial, administrativa u otra autoridad pública*²³⁶”, la cual debe reunir las características siguientes: **Excepcionalidad.** No debe ser de carácter usual. Nunca la regla general. **Subsidiaridad.** Debe aplicarse como último recurso luego de valorar otras opciones. **Temporalidad.** Debe adoptarse por tiempo determinado. **Brevedad.** Debe aplicarse por el menor tiempo posible. **Celeridad.** Las decisiones sobre su aplicación o inaplicación deben ser adoptadas con rapidez y con respeto a las garantías del debido proceso.

Al igual que durante la fase previa al juicio, las Reglas de Beijing y la Convención sobre los Derechos del Niño, ordenan que la sentencia que imponga la privación de libertad se utilice como medida de último recurso y durante el período más breve posible. La necesidad de aplicar sanciones alternativas a los infractores, siempre que sea posible y cualquiera sea su edad, es reforzada ulteriormente por las Reglas de Tokio.” *1.5 Los Estados Miembros introducirán medidas no privativas de la libertad en sus respectivos ordenamientos jurídicos para proporcionar otras opciones, y de esa manera reducir la aplicación de las penas de prisión, y racionalizar las políticas de justicia penal, teniendo en cuenta el respeto de los derechos humanos, las exigencias de la justicia social y las necesidades de rehabilitación del delincuente”.*

El principio de “último recurso” significa que la privación de libertad no debe imponerse a menos que el juez considere que los objetivos que se persiguen con dicha medida (principalmente la rehabilitación en los casos de los infractores juveniles) no puedan alcanzarse en un contexto sin internación. Asimismo, el principio del “tiempo más breve que proceda” debería interpretarse como el período que afecte lo menos posible la personalidad, integridad y dignidad de la persona privada de libertad; el lapso que afecte menos el sentido de responsabilidad y de convivencia para su reinserción social. En todo caso, debe señalarse que una persona detenida, sin distinción de edad, tiene derecho a vivir en condiciones de detención compatibles con su dignidad y el Estado debe de garantizarle el derecho a la vida, a la integridad personal y al respeto de su dignidad humana²³⁷. Por ende, debe hacerse todo lo posible para evitar la afectación del joven en conflicto con la ley²³⁸.

En este sentido, la Sala de lo Constitucional de la CSJ, en la Resolución contra la Ley Transitoria Contra la Delincuencia y el Crimen Organizado, pronunciada el 14 de febrero de 1997, se manifestaba estableciendo que:

236. Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores de Privados de Libertad, Regla No. 11, letra “b”.

237. La Corte Interamericana de Derechos Humanos, ha pronunciado numerosa jurisprudencia, sobre este aspecto; es epónimo el caso “Instituto de Reeducción del Menor”, sentencia del 2 de septiembre de 2004, serie C No. 112, párrafo 151.

238. Debido a que surge una interacción especial de sujeción entre el joven sometido a medida de internamiento y el Estado salvadoreño, lo que hace que este último deba asumir “una serie de responsabilidades particulares y tomar diversas iniciativas especiales para garantizar a los reclusos las condiciones necesarias para desarrollar una vida digna y contribuir al goce efectivo de aquellos derechos que bajo ninguna circunstancia pueden restringirse o de aquellos cuya restricción no deriva necesariamente de la privación de libertad y que por lo tanto no es permisible. De no ser así, ello implicaría que la privación de libertad despoja a la persona de su titularidad respecto de todos los derechos humano, lo que no es posible aceptar”. Caso “Instituto de Reeducción del Menor”, cit., párrafo 153.

“(..). Ya de por sí la doctrina señala los negativos efectos de la prisión –es la llamada ‘crisis de la pena privativa de libertad’–, sobre la cual las recientes investigaciones a decir de Bustos Ramírez han demostrado que la pena en exceso privativa de libertad ‘no puede ser resocializadora, ya que destruye la personalidad del sujeto’ y también ‘los llamados efectos de ‘prisonalización’ y de ‘despersonalización’ que tiene la cárcel, por el hecho de ser una institución total, en la cual el sujeto pierde su identidad y pasa sólo a ser un número dentro de la ‘institución’, lo cual además conduce a la llamada subcultura carcelaria, que aumenta la conciencia violenta o delictiva del sujeto”.

Consecuentemente, someter al condenado a un extrañamiento tan prolongado que sea irrazonable, mucho más si el mismo es de por vida, desnaturaliza el fin de la pena de prisión prescrito por la Constitución, el cual sólo puede alcanzarse si se ejecuta adecuadamente un tratamiento penitenciario que de acuerdo a las mencionadas Reglas para el Tratamiento de los Reclusos, debe tener por objeto, *“en tanto que la duración de la condena lo permita, inculcarles (a los condenados) la voluntad de vivir conforme a la ley, mantenerse con el producto de su trabajo y crear en ellos la aptitud para hacerlo. Dicho tratamiento estará encaminado a fomentar en ellos el respeto de sí mismos y desarrollar el sentido de responsabilidad (...)”*²³⁹. En el mismo sentido, Naciones Unidas a través de las Reglas de Beijing ha insistido en que el internamiento no debe ser la medida prioritaria al precisar en el comentario al numeral 19 lo siguiente:

“(..). Los criminólogos más avanzados abogan por el tratamiento fuera de establecimientos penitenciarios. Las diferencias encontradas en el grado de eficacia del confinamiento en establecimientos penitenciarios comparado con las medidas que excluyen dicho confinamiento son pequeñas o inexistentes. Es evidente que las múltiples influencias negativas que todo ambiente penitenciario parece ejercer inevitablemente sobre el individuo, no pueden neutralizarse con un mayor cuidado en el tratamiento. Sucede así sobre todo en los casos de los menores, que son especialmente vulnerables a las influencias negativas; es más, debido a la temprana etapa de desarrollo en que éstos se encuentran, no cabe duda de que tanto la pérdida de la libertad como el estar aislados de su contexto social habitual agudizan los efectos negativos.”

Para evitar los inconvenientes surgidos del internamiento, las RB en su numeral 18.1 y la CDN en su artículo 40, establecen una lista no exhaustiva de posibles medidas que pueden adoptarse frente a un ilícito penal, que son: Órdenes de atención, orientación y supervisión, Libertad vigilada, Prestación de servicios a la comunidad, Sanciones económicas, indemnizaciones y devoluciones, Órdenes de tratamiento intermedio y otras formas de tratamiento, Órdenes de participar en sesiones de asesoramiento colectivo y en actividades análogas, Órdenes de colocación en hogares de guarda, comunidades de vida u otros establecimientos educativos.

239. RMTR número 65; en el mismo sentido también los números 6, 8 de los Principios Básicos para el Tratamiento de los Reclusos.

2.2 Privación de libertad y socio- educación

El acápite es aparentemente contradictorio, pues se ha insistido que no es posible alcanzar la reinserción social y familiar de un joven en conflicto con la ley penal, dentro de los muros de un centro de internamiento. Pero la realidad y la práctica, en juzgados y tribunales, nos evidencia que no obstante, las normas internacionales y los principios de la LPJ, enfatizan que la privación de libertad debe ser el último recurso y por el menor tiempo posible, la población privada de libertad en los centros de inserción social sigue en aumento. Así por ejemplo, la población atendida en esos centros en los años 2008 (1346), 1374 (2009) 1585 (2010)²⁴⁰, demuestra que los jóvenes privados de libertad va incrementándose año tras año. Razón por la cual, titulamos este acápite con una expresión antípoda: “privación de libertad y socio- educación”. En realidad la medida de internamiento, atendiendo a los principios de la doctrina de protección integral, no debería ser asumida como una sanción propiamente socioeducativa. Si bien en algunos espacios se señala que la cárcel, como todas las sanciones penales juveniles, contiene un fin educativo, este es un aspecto que reviste mucha relatividad. Esta afirmación no significa la exclusión de programas educativos para los casos en los cuales los jueces deben dictar una sanción de privación de libertad. En esos casos, los programas de tipo socioeducativo se orientan a *disminuir el impacto negativo y la carga represiva que tiene el encierro*. Un programa para adolescentes infractores privados de libertad debe tener, entonces, características de tipo educativo pese a las dificultades de la reclusión, promoviendo un tipo de convivencia diferencial y una atención integral, teniendo en cuenta la edad, la opción sexual y la personalidad del adolescente; promoviendo su participación activa e incorporando, en lo posible, la participación familiar. Es prioritaria la capacitación para el trabajo que facilite su inserción laboral y productiva. En consecuencia, la oferta que hace la *DGCI*, de la nueva *Granja de Rehabilitación*, en la ciudad de Ilobasco; debe transformarse en un espacio, en el cual el muchacho neutralice los efectos nocivos del encierro y se procuré la inserción socioeducativa del mismo. Pues sucede que según opinión de los operadores del sistema de justicia²⁴¹, uno de los principales problemas que afecta a los adolescentes que han recibido una sanción, especialmente la privación de libertad, es la falta de seguimiento a su situación personal y social una vez que la sanción impuesta ha sido cumplida. Un porcentaje significativo de los casos de reincidencia se relaciona con la ausencia de un programa que permita monitorear la situación de los adolescentes y, lo que es más importante, propiciar su reinserción o inclusión social. Debido a que la libertad es una forma de relación social, que solo puede ser ejercida plenamente por personas con iguales derechos y oportunidades.

240. Construyendo un futuro de paz: Interpeace Regional Office for Latin America, pagina 37.

241. Op. Cit página 39.

3. Bases criminológicas

Se dice que cada sociedad produce su propia criminalidad. Y esto es así porque la criminalidad o el fenómeno criminal es un producto de cada sociedad, enmarcado en coordenadas socio-históricas determinadas. La existencia de la criminalidad, en tanto que problema social, depende de dos factores históricos: que el grupo social considere la conducta como dañina para la Sociedad y que lo defina como tal en una ley²⁴². De ahí que en comunidades homogéneas, con tradiciones culturales similares como pueden ser las sociedades latinoamericanas²⁴³, pueden evidenciarse ciertos consensos sobre determinadas conductas, como criminales²⁴⁴.

No existen tipología abstractas de criminalidades, sino personas que por determinada circunstancias sociales realizan comportamientos considerados delictivos. La criminalidad sólo se entiende dentro de un determinado proceso de socialización. La conducta desviada y la criminalidad como forma más grave de aquélla han existido y existirán siempre en toda Sociedad²⁴⁵. Roxín²⁴⁶ recuerda: *“Las circunstancias sociales determinan “como” (la forma) y no el “si” (la existencia misma de la criminalidad): cuando clases enteras de la población se mueren de hambre, aparece una gran criminalidad de la pobreza; cuando la mayoría vive en buenas condiciones económicas, se desarrolla una criminalidad del bienestar”*.

Si la criminalidad es producto de la Sociedad, es preciso indagar las características de la Sociedad en la que vivimos. José Miguel Insulza, Secretario General de la OEA, al respecto dice: *“El problema en los países de América Latina es de gobernabilidad e inestabilidad generada por la pobreza y el desempleo. La región pertenece al mundo en vías de desarrollo, aunque tiene un nivel económico y social bastante mejor que el de África y de gran parte de Asia y su ingreso per cápita está cerca del promedio mundial. Los fracasos de nuestra civilización, sin embargo, forman también parte de su realidad, creando una sensación de injusticia que se hace hoy más patente, cuando la región está creciendo y su democracia progresa, pero sus carencias siguen afectando a muchos millones de sus habi-*

242. Dicho en otras palabras: comportamiento delictivo y reacción social. El primero es una magnitud conductual, de acción. Tiene un referente normativo ineludible, la ley penal, que define qué comportamientos en una sociedad van a ser considerados delictivos. La segunda es una magnitud valorativa, de aceptación o rechazo de ciertos comportamientos. Su extensión abarca desde la mera desaprobación social hasta los sistemas de justicia penal. (policía, tribunales, prisiones)

243. Al respecto es muy aclaratorio lo planteado por el Profesor Carlos Alberto Elbert en: “Tres Problemas para la Criminología Latinoamericana Actual”, De las penas, homenaje al profesor Isidoro de Benedetti, Depalma, Buenos Aires, 1997, p. 205.

244. Aniyar de Castro hace unos años observaba, acertadamente, que las diferencias en nuestros países “van más allá de lo político: en el interior de cada uno de esos países, a veces la historia, los sistemas de dominación y la tradición han determinado distintos niveles en los modelos de producción. Existen por ejemplo, algunas capitales con un elevado grado de sofisticación cultural y régimen de vida occidental, con características de aparente capitalismo avanzado, en contraste con un panorama de agricultura feudal, de analfabetismo, de sistemas de dominación carismática, de subculturas indígenas o de origen africano que perviven a los intentos etnocidas. Estos desniveles internos se producen también entre países diferentes. En “Revista del Instituto de Ciencias Penales y Criminología”, Universidad de Loja, Ecuador, 2001.

245. Por eso afirmar que se combatirá la criminalidad hasta erradicarla es totalmente inviable e ilegítimo, ya que éste será siempre un objetivo inalcanzable.

246. “El desarrollo del Derecho Penal en el siguiente Siglo” Lima, IDEMSA, 1998, p.443.

tantes.” Sigue añadiendo: “*El Banco Interamericano de Desarrollo estima que el costo de la delincuencia, incluyendo el valor de propiedad robada, se eleva aproximadamente a 16.8 billones de dólares, equivalente al 15% del PIB de América Latina. Esta estimación incluye el impacto de la delincuencia no sólo en la seguridad de las personas y propiedades sino también en la productividad, las inversiones, el empleo y el consumo*”²⁴⁷.

La criminalidad en América Latina -en consecuencia- se presenta interrelacionada con las características sociales que le son propias²⁴⁸. Participando a la vez de sus caracteres de *complejidad, comunicativa, de riesgo, globalizada y en continua transformación*.

3.1 Concepto y etiología de la delincuencia juvenil

Definir lo que constituye delincuencia juvenil nos obliga a esclarecer ambos conceptos, entendiéndose el primero como: “*el fenómeno social constituido por el conjunto de infracciones contra las normas fundamentales de convivencia, producidos en un tiempo y lugar determinados*”²⁴⁹. Diremos entonces que la delincuencia juvenil es la llevada a cabo por personas que aún no han alcanzado la mayoría de edad. De ahí que la forma en que se maneja el concepto de juventud dependerá de las normas juriscas aplicables a cada país. La CDN, define como menor de edad, todo ser humano que no ha cumplido los dieciocho años, disposición que concuerda con la LPJ, que en el artículo 2 al definir su ámbito de aplicación incluye a las personas mayores de doce años y menores de dieciocho. La normativa citada establece además, una marcada distinción en relación a la edad, en cuanto a la decisión sobre las medidas aplicables a los NNA, que han cometido una infracción penal tipificada como delito o falta de acuerdo al código penal vigente.

En consecuencia, para efectos de este documento y del ordenamiento legal salvadoreño podemos definir la delincuencia juvenil como: “*el fenómeno social constituido por el conjunto de las infracciones penales cometidas por los mayores de doce años y menores de dieciocho*”.

La mayoría de edad es una expresión eminentemente político-jurídica, que supone traspasar, objetivamente, una barrera temporal, dentro del curso vital de un individuo, el cumplimiento de un número determinado de años. Lo cierto es, que se trata, efectivamente, de un límite de edad no obedece, de por sí, a una auténtica madurez psicológica personal. Es simplemente, *la frontera* que tanto la conciencia

247. Información obtenida y revisada el día 11 de noviembre de 20113, a las 20h., en el sitio <http://www.vitral.org/vitral/vitral79/reflex1.htm>

248. Es propio de nuestro entorno la existencia de grupos juveniles conocidos como maras, pavas o pandillas, sumergidos en contextos de violencia social, cuya naturaleza ha pretendido ser reducida al ámbito criminal con su correspondiente tratamiento represivo, cuando en realidad se trata de un fenómeno de profundas raíces sociales en las condiciones de exclusión, pobreza, desintegración familiar, falta de oportunidades para la niñez y juventud, transculturación de valores, secuelas de las guerras civiles en la región, es decir, que son el resultado de un sistemático incumplimiento de los derechos y garantías NNA.

249. Citado por Montoya Reyes, Tania: Política criminal: una necesidad del sistema de justicia penal juvenil. Homenaje a los diez años de vigencia de la Ley penal juvenil, Comisión coordinadora del Sector Justicia, 2005, página 4.

social como la legal han colocado para ubicar, al menos simbólicamente, en el mundo de los adultos, una vez traspasada, al que hasta entonces era un menor. La fijación de esa frontera está fundada, en cualquier caso, *sobre puntos de referencia inestables y relativos*²⁵⁰.

Lo que acabamos de exponer, nos permite afirmar que se trata, cuando se habla de delincuencia o de delincuente juvenil, de un término eminentemente *socio-histórico*. En este sentido, Garrido Genovés hace observar: “*El delincuente juvenil es una figura cultural, porque su definición y tratamiento legal responden a distintos factores en distintas naciones, reflejado una mezcla de conceptos psicológicos y legales. La sociedad por este motivo, no le impone un castigo, sino una medida de reforma, ya que se le supone falto de capacidad de discernimiento ante los modos de actuar legales e ilegales*”.

3.1.1. Factores que explican la etiología de la delincuencia juvenil

Juristas criminólogos como Jean Larguier, distinguen entre factores internos de la delincuencia juvenil y factores externos. Esta línea de análisis se seguirá en el presente estudio, pues parece ser el más apto de aplicarse a la realidad criminológica salvadoreña.

Factor Socio Económico

Dentro de este aspecto, se ha logrado comprobar que en la mayoría de los casos en las familias de la casi totalidad de los jóvenes infractores se ve muy marcada la pobreza, el alcoholismo, la agresividad, el castigo, las drogas, aunados a la indiferencia y el abandono, lo que marca la vida de estos menores quien al caer en el ámbito delictivo conocen el dolor y la frustración, sobre todo cuando se enfrentan con una sociedad cada día más selectiva y excluyente, que se organiza para satisfacer los deseos de los que tienen mayores medios económicos y no para responder a las necesidades de los más carentes, por el contrario, se les niega el derecho de insertarse en un medio de vida diferente. Otro aspecto a considerar por ser el primer acercamiento a la delincuencia es el *ingreso a las pandillas*, a la cual entran el niño y el adolescente de los barrios más pobres, que se encuentran sin nada que hacer, pues las condiciones de los lugares donde habitan no les ofrecen mayores alternativas de ocupación y por otra parte los jóvenes viven un momento caracterizado por “*yo no sé hacer nada*” lo que hace que sean llevados hacia otro momento de sus vidas en el cual “*solo saben infringir la ley*”. A estos jóvenes la sociedad no les brinda perspectivas para un futuro, son personas a la deriva que establecen su propio orden social, para lo cual lógicamente no están preparados, generándose así las pandillas criminales quienes crean sus propias reglas de juego. Estos adolescentes representan una realidad antropológica, son seres sin futuro, lo que genera

250. Cómo prueba de esa relatividad puede aducirse que la mayoría edad, no es idéntica no solo dentro de las distintas culturas; pero, ni siquiera en los países que poseen contornos culturales y jurídicos muy semejantes. Así, en EE.UU no ha sido uniforme: 38 Estados la han establecido a los 18 años, ocho a los 17 y cuatro a los 16. Japón a los 20, la India para varones a los 16, para las mujeres 18.

que ellos un escepticismo total ante la vida, en donde existe el temor de morir jóvenes. *La ociosidad* que les permite el contexto social en donde habitan, hace que la recreación, el deporte y el esparcimiento sano no tenga cabida, y que la pandilla tenga una significación mayor que la cualquier otra instancia social, sobre todo si tomamos en cuenta que en la mayoría de barrios no existe la infraestructura de vida en comunidad, se carece de parques recreativos, instalaciones deportivas o centros culturales, lo que incide y permite que las pandillas se conviertan, en la única forma de interacción social. Por otro lado, para los jóvenes, los valores que trata de inculcar la escuela son sepultadas por los de la pandilla, en donde la imagen de ésta es mucho mayor y más atrayente que la escuela. La falta de educación lleva a un estancamiento personal y produce la configuración de un mundo reducido en estos menores, impidiéndoles comprender hasta su propia realidad; sumado a que por los altos índices de desempleo los jóvenes al dejar de estudiar; se encuentran ante él *“nada que hacer”*. A sus múltiples carencias los jóvenes unen el trauma de verse estigmatizados como delincuentes en un camino de exclusión social, marginación, explotación, vulneración y formalización, entre otros; lo que hace descubrir en ellos un perfil socio-económico común, como lo es: La procedencia de ambientes degradados; la carencia de recursos económicos, la precaria o inexistente formación cultural y el deterioro de las relaciones socio-familiares. En diversas investigaciones criminológicas²⁵¹, se ha logrado comprobar que dentro de este factor socio-económico, tres son las instancias socializadoras más importantes que influyen y configuran la reinserción social de los jóvenes, las cuales merecen una reflexión especial; siendo éstas: *El Entorno Social y Ambiental*: Al hablar del entorno social, hacemos referencia al lugar donde el menor habita, es decir al barrio, a su comunidad, en él los niños no sólo viven los primeros años de su vida, sino que también, va a condicionar sus relaciones, percepciones y personalidad, por lo tanto constituye un elemento esencial de influencia. De las calles se recibe un alto porcentaje de estímulos y vivencias que socializan al niño. Es por lo tanto un espacio educativo de primer orden. Como instancia socializadora pronto supera a la familia y a la escuela. La calle a veces puede llegar a deformar al adulto, pero en él, aunque exista una labor desintegrada, subsisten factores individuales; sin embargo en el niño no ocurre lo mismo, ya que el barrio lo forma; en ese sentido, el ambiente favorece la adquisición de conductas asociales; los jóvenes dentro de sus comunidades perciben la presencia del crimen, embriaguez, drogas, prostitución, mendicidad, pobreza y violencia entre otros, lo cual influye poderosamente en el desenvolvimiento de su vida, ya que constituye un clima propicio para el desarrollo de ideas y caracteres atípicos, que con el tiempo se convierten en normas y costumbres en las relaciones sociales del menor. Por otro lado, las características del ambiente juegan un papel de gran importancia en la génesis de la delincuencia juvenil; no se puede separar la conducta humana de la estructura urbanística; por ello se puede afirmar que gran número de las conductas desadaptadas tiene su

251. Entre otras: Cesar Herrero: “Perspectivas criminológicas del menor marginado”, en ciencia policial 5, Madrid, 1989 pp. 21 y ss. / Stefan Roggenbuck: “Estrategias en la asistencia a los niños de la calle” 1995, San Salvador, pp.35 y ss.

origen en estructuras urbanísticas determinadas. Estas estructuras son los barrios o comunidades asociales en proceso de asentamiento y los que poseen degradación urbanística. Así pues se ha podido comprobar, que la ciudad se divide en dos sectores claramente diferenciados; por un lado el sector visible, que es la parte de la ciudad que conocemos, y en la que viven los ciudadanos considerados “normales”; que ofrece cierta seguridad y comodidad para un desarrollo equilibrado y normalizado; por otro lado está el sector oculto, se trata de un ámbito de ciudad desconocida, y sobre la que pasamos sin apenas mirar a su alrededor, es una ciudad ignorada, que guarda una profunda degradación del espacio físico y de la calidad de vida; en ella habitan un número considerable de personas de clase social baja y pobre. Dentro de este entorno social son dos elementos que configuran el entorno socializador; el barrio y la vivienda. En el barrio se tienen las experiencias que más tarde se traduce en actitudes y normas de conducta, a través de la tendencia a la imitación, propia de la primera edad. Estas experiencias se nutren de los ejemplos ofrecidos por el clima de la calle, para muchos niños éste es el único espacio de libertad con el que cuentan, pues marchan de sus casas huyendo de la autoridad paterna de la desintegración y violencia de su familia. La casa se queda como espacio para dormir, lo que hace que la calle se convierta en lugar de encuentro de las frecuentes fugas escolares. Lo que debía de ser la primera fuente de socialización y gratificación que vuelva la imagen positiva de sí mismo, se convierte en espacio de réplica y despersonalización, ésta réplica que martilla al niño con frases tales como “*tú no vales nada*”, “*eres malo*”, “*molestas*”, “*calla*”, “*mejor vete*”, entre otros., y esa gama de suspensos donde termina inmunizándose; a estos se agrega los vacíos en los contenidos de los programas educativos, que no ayudan y no logran determinar si lo que se pretende es enseñar o educar y, además no existen alternativas para los que fracasan escolarmente, ni hay educadores de tiempo libre, ni de apoyo que acompañen a los niños y los persuadan de sus locuras callejeras. Los jóvenes socializados en este ambiente de precariedad y pobreza buscan las oportunidades de la actividad antisocial a la que se someten por su atractivo de una manera mucho más poderosa y asfixiante a los poderes que genera el sistema social; pues los niños y jóvenes necesitan lugares como parques, zonas deportivas, alternativas de sano esparcimiento y tiempo libre donde puedan desarrollar sus capacidades individuales; sin embargo, en el país es cada vez menos posible contar con estos espacios.

La Familia

El ámbito familiar es fundamental en el problema que se aborda; se atreve afirmar que en la mayoría de las familias de los menores infractores existe un cierto fracaso educativo. Este viene motivado por la ausencia de una debida formación de los padres para cumplir su función pedagógica; la mayoría de veces se limitan a repetir con sus hijos la educación que ellos recibieron de sus mayores. La familia está destinada a integrar al niño en la cultura dominante durante los años de su formación: la familia educa a sus hijos transmitiéndoles aquella porción de cultura de la que es poseedora dentro del estatus social en que se encuentra. La familia es, por tanto,

no solo el primer agente socializador del niño, sino también el marco de referencia primaria de la conducta social, el criterio de acción y el medio para la transmisión de valores socioculturales. Por otra parte, las familias de los menores inadap- tados e infractores poseen características específicas que influyen negativamente en el proceso de socialización y coadyuvan a la inadaptación del menor; entre las características generales y su influencia podemos destacar las siguientes: *Afecti- vidad – castigo*: El entorno empobrecedor en que se mueven las relaciones familiares afecta negativamente la comunicación afectiva entre padres e hijos; si los niños experimentan a sus padres de forma hostil, punitivos y negligentes con sus nece- sidades, origina una escasa comunicación afectiva entre ambos, potenciándose el aislamiento del niño y favoreciéndose en consecuencia la realización de conductas asociales e infractoras. En estas familias es muy frecuente la utilización de castigo físico como medida disciplinaria; este intercambio agresivo, castigador aumenta en relación directa con la pobreza. Por tanto el grado de violencia es elevado y ello trae como consecuencia trastornos en la personalidad de los niños. *Falta de comu- nicación entre padres e hijos y escasa supervisión*: Hay que hacer hincapié en la escasa comunicación entre padres e hijos en orden a la realización de la función de control de la disciplina, organización del tiempo como lo es el horario de entrada y salida de actividades, relaciones y cuidados de la propia persona como la limpieza y el orden. Esta falta de comunicación genera un desconocimiento de las motivaciones que han llevado a actuar de una forma determinada al niño; como consecuencia se produce una escasa supervisión sobre las actividades de los hijos, no entendida como autoritarismo, sino como cierta preocupación por su vida diaria. La falta de supervisión de los hijos aumenta la probabilidad de conductas problemáticas y por ende la comisión de hechos delictivos. *Ineficiencia de los modelos paternos de identificación* Los padres y madres son modelos básicos de identificación para sus hijos; la falta de una imagen paterna firme genera en la personalidad de éstos inse- guridad, cobardía, imposibilidad de enfrentarse con la vida e incapacidad en las relaciones vocacionales o auténticas. De hecho los comportamientos paternos va a ser observados detenidamente por los niños en la convivencia diaria de las familias carenciales, los padres ofrecen a sus hijos modelos concretos de conducta, pero paralelamente les formulan todo un código de valores éticos y normas sociales distintas de su comportamientos; en este contexto el niño va imitando el compor- tamiento del padre y la madre antes de seguir sus consejos por lo que se produce una disyuntiva entre lo que ven y lo que se les manda, ante esta situación, el niño que se socializa en un entorno de frustración y fracaso accede primeramente al mundo escolar y luego al laboral con experiencias previas negativas lo que cons- tituye un fuerte obstáculo para alcanzar un rendimiento elevado y una relación social positiva. *Estructura Familiar*. En la mayor parte de las familias de los menores infractores falta uno o ambos progenitores. Esta estructura incompleta y/o desin- tegrada provoca un efecto perjudicial en la socialización del niño, por falta de roles adecuados. Ocurre con frecuencia que la figura paterna es insignificante y la materna es excesivamente significativa. La verdad es que entre las clases más desfa- vorecidas, los padres siempre tuvieron que estar ausentes por imperativos de super- vivencia y cuando pudieron estar presentes, no estaban calificados para cumplir sus

funciones. *Ausencia de un nivel cultural.* Por desidia de los padres y madres o por no haber tenido éstos una formación educativa suficiente, la mayoría de estas familias carecen de un nivel cultural mínimo, donde difícilmente van a poder transmitir lo que no tiene. Todo ello se concreta en una dificultad que tienen las familias carenciales para dotar a sus hijos de un bagaje cultural esencial para conseguir una socialización. Todas estas características coadyuvan al proceso de inadaptación social del menor y la posibilidad de la realización de conductas asociales. En la mayoría de los casos, el centro del hogar lo constituye la madre, quienes con frecuencia son solteras o abandonadas, el padre (cuando existe) y la madre son generalmente personas “sub empleadas”; por regla general, el hombre pasa la mayor parte del tiempo fuera del hogar, le interesa más lo económico; cuando está desempleado o cuando su margen de ganancia es muy bajo que sólo le alcanza para sostener la única diversión que su entorno le permite y que culturalmente le ha sido transmitida, como es la de consumir alcohol, se convierte en una persona *non grata* en casa. Es importante destacar aquí como la violencia intrafamiliar, que por lo general es ejercida por el padre contra la madre e hijos, acentúa aún más ese sentimiento hostil hacia la figura paterna. Por otro lado, por el mismo aislamiento afectivo del padre en el hogar, es visto como un rival de los hijos por la apropiación que hace de la madre, la relación como pareja es vista como una usurpación de ésta, por parte de aquél a quien considera un intruso que nunca tiene presencia en aspectos indispensables dentro de la relación familiar. La mujer (madre) representa para los hijos aquello que se ama, en contraposición a todo lo que se odia. Todo esto trae como efecto un conflicto de figuras parentales en la personalidad del niño que le facilita la desadaptación social. Cuando llega a adulto repite los mismos patrones familiares en los que fue formado.

La Escuela

Además del barrio y de la familia, existe otra instancia socializadora de gran importancia en la vida de los niños que es, la escuela. Esta es una organización especializada e independiente que actúa de manera positiva en el proceso de socialización y de selección, es una instancia clave en la instrucción, educación y desarrollo de la inteligencia. La escuela desempeña varias funciones por un lado se encarga de modelar a los niños con vista a la vida en común y en razón de las necesidades de la sociedad y, por otro es el cauce para que los niños aprendan normas y conductas socialmente deseables, en consecuencia, de la escuela va a depender tanto la futura madurez intelectual del niño como su futuro aporte al contexto social. La escuela realiza un importante papel en la determinación de la clase social y de la naturaleza de los valores que han de transmitirse; en particular, la escuela debe estimular en el niño la adhesión al sistema político inculcándole la obediencia a la Ley a la autoridad. El funcionamiento de la escuela en los últimos años se ha visto acompañada por el crecimiento de niños de la calle provenientes de familias desintegradas, lo que ha provocado que la tensión y violencia de la calle y de sus hogares penetre en la escuela evitando que esta cumpla su función. Para los niños de estos barrios, la escuela tiene un clima de caos y violencia idéntico al que viven en su ambiente;

por ello no es un ámbito aislado y protector, sino un medio agresivo y llenos de exigencias donde la imposición de normas es contestada con agresividad e indiferencia. A estos niños con problemas familiares les cuesta adaptarse a la escuela y su desequilibrio se agudiza al no formar parte de la minoría gratificante del profesor y la escuela no se preocupa por penetrar en su problemática familiar.

Factores de la personalidad del joven infractor

Las características más destacadas en la psicología del infractor son: desapego frente a la vida, desconfianza ante las otras personas, desconfianza ante la sociedad en general, emoción ante la violencia, conciencia de una vida efímera y corta, adicción a las drogas y al alcohol, afán a la aventura, dificultad para amar, sentido de venganza (a través de la violencia busca un equilibrio emocional).

El adolescente o joven en conflicto con la ley penal posee una mentalidad que le proviene de una infancia poco gratificante, en la cual no pudo por falta de una educación adecuada e interpelar aquello que no le parecía, esto lo hace un ser vulnerable a cualquier tipo de coacción.

La actitud violenta del joven infractor se enraíza en la incapacidad para disentir frente a situaciones o frente a normas, leyes y pautas de comportamiento, esta incapacidad se compensa con reacciones fuertes (violentas) ante las circunstancias, que no sabe como asumir, la violencia es la evasión o descarga a lo que se presente en la vida. Se ha comprobado, que el esquema tradicional de valores en nuestra sociedad es invertido por los infractores, por ejemplo, si robar es malo socialmente, para ellos es simplemente un medio de sobrevivir; pues, la esperanza, la honradez, la visión del futuro, el respeto por el prójimo, entre otros., no les apertura perspectivas en su vida.

La perspectiva factorial también enfatiza en los aspectos relevantes en la personalidad del Infractor, estos son: *Estímulos Sicológicos para el Infractor*. La obtención rápida de dinero, la experiencia y el placer de disparar un arma, la experiencia y el placer de matar o robar, la experiencia de delinquir para ser reconocido y respetado por otros infractores. *Estímulos Sociales para el Infractor*. Los medios de comunicación son acogidos y aceptados en cuanto estimulan el sentido de la violencia y presentan la satisfacción brindada por un nuevo estilo de vida netamente consumista) *La mara o pandilla* ofrece al infractor protección a la inseguridad personal, le garantiza la acción y la obtención de dinero, dándoles la oportunidad de liderazgo social.

Sentido de vida personal del infractor

La visión sobre las otras personas por parte de los jóvenes infractores está mediada por un criterio de rivalidad y hostilidad. Ellos tratan de subsistir aunque para alcanzarlo encuentren seres humanos que le son adversarios. La vida ajena es

para el infractor, la falta de respeto y desconsideración, rechazan a la sociedad por ser ésta la responsable de sus problemas sociales y del hecho de ser sancionados; cuando el joven delinque considera que el acto antisocial es una forma de recompensa o pago por lo que a él le ha tocado sufrir.

El infractor y su vivencia religiosa

En las gestiones de desarrollo económico y social, la religión ha tenido un papel preponderante; como efecto de ello, la moral cristiana (religiosa) ha llenado el espacio de la ética civil y de la ética social. Los factores culturales-religiosas juegan un papel preponderante en la vida del infractor, cualquiera podría pensar, que éstos jóvenes que no se quieren ni ellos mismos, predomina el ateísmo, sin embargo esto no es cierto, Dios está presente en la fe religiosa del infractor, dependiendo de la formación religiosa recibida de su familia y de la educación escolar, por lo que sería más justo decir que los jóvenes poseen un Dios reinterpretado según su estilo de vida; en donde Dios no parece desempeñar un puesto definitivo en la orientación total de su vida, su función es acomodaticia a los peculiar de las circunstancia, no le temen, y la vitalidad que Dios parece tener en su vida, está confrontada con la nueva fuerza que ellos quieren poseer: la del dinero, y la del prestigio.

Concluyendo este capítulo, retomaré la experiencia vivida en los Juzgados de Ejecución de Medidas²⁵², según la cual aún no podemos hablar de una reinserción social ya que subsisten causas de la delincuencia juvenil que no lo permite, lo que hace difícil la reinserción del infractor en una sociedad que lo rechaza o que aquél no acepta convirtiéndose la opción resocializadora como la modesta posibilidad de que los jóvenes solo sean capaces de llevar una vida en libertad sin delitos.

La situación que se vive de violencia juvenil es grave, lo que hace necesario que se diseñe y ejecute un Plan de emergencia social para enfrentar esta conflictiva realidad, sin embargo es necesario advertir que las soluciones no son inminentes, pues ello implica reformas de trascendencia en lo económico, social y político, aporte de la concientización ciudadana²⁵³. Además es ingenuo e injusto considerar que el problema de la violencia está únicamente en los jóvenes y en las barriadas populares. La violencia se deriva de complejos procesos que involucran a todos los sectores de la sociedad. Las causa de la violencia se pueden resumir en dos grandes factores, primero *la inequidad en las distribución de los ingresos* y el abismo creciente entre un grupo social minoritario y grandes grupos de la sociedad carentes de recursos básicos para una vida digna, y segundo, *la ausencia de una institucionalidad democrática* con legitimidad social que provoca el rechazo al Estado, por amplios grupos de la población. El Plan de Emergencia que se propone debe estar dirigido a las comunidades populares en los aspectos de promoción social y económica, pero

252. Montoya Reyes, Tania: Política criminal: una necesidad del sistema de justicia penal juvenil. Homenaje a los diez años de vigencia de la Ley penal juvenil, Comisión coordinadora del Sector Justicia, 2005, página 6-8

253. Ante esta idea es recomendable analizar la carta del padre Antonio Rodríguez: ¿la tregua se ha roto? Publicado en el sitio web de la congregación Pasionista, el 6 de agosto de 2013.

debe de estar dirigido a toda la sociedad en el aspecto político, para que todos los sectores asuman un compromiso frente a esta situación en la que todos tenemos responsabilidad. No se trata a mi modo de ver, de asumir una actitud de benefactores con los violentos e infractores como lo han hecho saber algunos sectores, o en un paternalismo que hace más mal que bien, se trata de avanzar hacia una nueva realidad social sustentada en Instituciones auténticamente democráticas y en unas relaciones económicas más justas. El enigma está en conocer la disposición de los grupos de élite para desprenderse de sus excesos y de los partidos políticos para superar prácticas anquilosadas y promover una nueva institucionalidad. Si el Plan de Emergencia no se asume con responsabilidad dentro de una perspectiva global será un esfuerzo limitado y tal vez inútil el que realicen las instituciones responsables en lograr la reinserción social de los jóvenes en conflicto con la Ley, ya que nunca serán suficientes los recursos del Estado para atender esta población que produce la actual situación de violencia y delincuencia juvenil. En este sentido la Granja de rehabilitación de jóvenes en conflicto con la ley penal juvenil, con sede en la ciudad de Iloasco; es una muestra de cómo se pretende, empezar a construir escenarios democráticos y equitativos, en la ejecución de las medidas de internamiento, por medio del trabajo agrícola e industrial.

3.2 El trabajo como factor rehabilitador en los jóvenes adultos sometidos a una medida de internamiento

Intervenir sobre un fenómeno social es llevar a cabo una serie de acciones estructuradas con el propósito de producir ciertos cambios en el fenómeno objeto de la intervención. La intervención con jóvenes en conflicto con la ley penal, puede realizarse en teoría, tanto en la comunidad como en instituciones cerradas. En la práctica, sin embargo, la mayoría de los programas específicos con delincuentes, ya sean muchachos o adultos, se aplican dentro de las instituciones de custodia. En estas instituciones la criminología aplicada se enfrenta a dos grandes ámbitos en los que debe intervenir²⁵⁴. El primero de estos ámbitos lo constituyen un conjunto de *necesidades primarias*, que son aquéllas que tienen los propios sujetos delincuentes. Entre éstas se encuentran su higiene y su salud, su educación y su cultura, su capacitación laboral, su motivación, su vinculación social y, en suma todo lo concerniente a su proceso de rehabilitación. En segundo término, la Criminología se enfrenta también a una serie de necesidades, de carácter *secundario*, que tiene la propia institución en la que se hallan los privados de libertad, y cuya atención también se hace necesaria por cuanto constituyen instrumentos para poder encarar las necesidades primarias de los internos. Nos referimos aquí a cuestiones como la masificación, motines, tráfico y consumo de drogas dentro de las instituciones juveniles, y la motivación y la formación del personal que trabaja con los privados de libertad. Un buen consejo práctico, a partir de la experiencia criminológica, es que los profesionales que trabajan en instituciones con delincuentes deben, sin perder nunca de

254. Redondo, Santiago: "Evaluar e intervenir en las prisiones. Barcelona: promociones y publicaciones universitarias. 1993.

vista que su objetivo principal son los internos, compaginar esta prioridad con la atención a las necesidades y objetivos de la propia organización correccional. Si cuestiones como el hacinamiento, la violencia carcelaria o la propia custodia de los internos no son también adecuadamente consideradas en los programas con los infractores, difícilmente podrán perseguirse objetivos más ambiciosos relativos a su educación y su reinserción social. La reeducación y la reinserción de los privados de libertad constituyen, una meta compleja que no puede ser adecuadamente acometida si no se desglosa en un conjunto de metas parciales y operativas. Desde una perspectiva muy general podría afirmarse que todas aquellas que sirvan para estimular las capacidades de los delincuentes y para humanizar y dinamizar las instituciones de custodia son *per se* objetivos loables. Sin embargo, si atendemos a los actuales conocimientos científicos sobre cuáles son aquellos factores que tienen un peso mayor en el proceso de rehabilitación, nuestra perspectiva debe hacerse algo más restringida. A la luz de los actuales conocimientos, a partir de múltiples investigaciones, los factores que guardan una mayor relación con la reeducación y la reinserción de los delincuentes²⁵⁵, ya sean jóvenes o adultos, son los siguientes: la educación, tanto de carácter formal como informal, la formación profesional y la capacitación para el desempeño de un trabajo, la enseñanza de habilidades necesarias para una mejor interacción de los jóvenes en conflicto con la ley penal, con los distintos contextos sociales a los que deberán incorporarse en un futuro, tras el cumplimiento de la medida.

Por tanto, la concepción de una GRJCLPJ, promovida y administrada por la DGCI, se inserta en las concepciones criminológicas contemporáneas; pues si reflexionamos en la historia personal de muchos jóvenes inmiscuidos en actividades delictivas; en buena medida, por falta de capacitación, de motivación o de persistencia, muchos han sido incapaces de obtener un trabajo con una cierta estabilidad. De este modo se ha privado de un sinnúmero de beneficios sociales aparejados al trabajo: utilidad social, autoestima, remuneración económica y establecimiento de vínculos y relaciones humanas diversas.

Son ya clásicas algunas de las investigaciones que mostraron la gran importancia socializadora que el trabajo tiene para los delincuentes. Glaser, en un estudio de seguimiento de delincuentes que fueron liberados, halló tres factores laborales prioritariamente asociados con su inserción social: la capacidad de los sujetos para *obtener* un empleo, sus habilidades para *mantenerlo* y el mayor grado de *especialización* laboral que tuvieron.

255. Es sobresaliente sobre este aspecto la *Sentencia de 25 de marzo de 2008, inconstitucionalidad referencia 32-2006, párrafo 50 la sala de lo Constitucional, de la CSJ, definió: (...) "en la actualidad, es más adecuado hablar de resocialización, como un proceso que comprende tanto la reeducación como la reinserción social, del infractor de la norma penal. La reeducación ha de ser entendida como aquel conjunto de actividades dirigidas a combatir las causas de la delincuencia y evitar que la persona vuelva a delinquir y la reinserción debe ser definida como la reincorporación gradual a la comunidad de una persona que se encuentra en proceso de reeducación ..."*

Asimismo, Jenkins al analizar una muestra de infractores excarcelados, encontraron que de todos los factores susceptibles de explicar en alguna medida la no reincidencia de los sujetos, la *adecuación en el empleo* era el factor más importante.

Finalmente una idea similar es graficada por la fundación chilena “Paz ciudadana” en el 2010²⁵⁶, tras la interrogante *¿Qué hace que una persona deje de delinquir?*, respondió:

Siguiendo a Blumstein y Cohen, la fundación replantea la noción de *Desistimiento*, concibiéndolo como un proceso, no como un evento. Entre los factores que se asocian al desistimiento, encontramos: matrimonio estable, empleo estable, sentimientos de responsabilidad, esperanza y auto eficacia, aumenta su preocupación por los demás, especialmente por sus propios hijos.

Para ahondar más, retomaremos los planteamientos de la Teoría del desistimiento, ofrecidos por el profesor Josep Cid Moliné, denominada “El proceso de desistimiento de las personas encarceladas. Obstáculos y apoyos”, la cual en su parte final expresa: *“La ocupación parece ser, en muchos casos, si bien no condición suficiente, sí condición fundamental para encarar una transición exitosa en la vida en libertad. La inserción laboral es importante no sólo como medio para satisfacer las necesidades básicas, sino también para mejorar las posibilidades de establecer otros vínculos sociales y de considerar identidades alternativas a la delincuencia (...)”*

Hasta este nivel del estudio, he justificado legal y criminológicamente el rol del trabajo como medio de promover la reeducación y reinserción, de los jóvenes sometidos a medidas de internamiento, pero también hay opiniones que no consideran lo mismo. Por ejemplo, Miguel López Coira²⁵⁷, afirma que: *“En realidad, el trabajo más que construir lo social, es una obligación – aunque también una necesidad – social. Sobre todo, desde que Carlos Marx se empeñara en asociarlo irremisiblemente con el proceso de producción. El trabajo ha pasado de ser una necesidad a convertirse en una obligación mediatizada por la lógica económica, la cual exige que lo que la gente hace, sea evaluado según su valor de intercambio mercantil, es decir, estamos condenados a intercambiar cosas: Trabajo por salario”*.

Por otra parte – agrega López Coria – *el trabajo no nos inserta en la sociedad (si fuera cierto, tendríamos que “reinsertar” a muchos millones de desempleados); más bien ubica a las personas en un contexto de jerarquía, en relaciones asimétrica, en clases sociales y demás mecanismos de diferenciación social. Trabajar, en todo caso, nos hace “normales” dentro de una filosofía social del bienestar*²⁵⁸.

256. Estudio “Construcción de indicadores de reinserción social de adolescentes infractores de la ley penal”, Santiago de Chile, 2010. Consultado el 11.11.013 a las 18 h., en el sitio: <http://www.terapiafamiliar.cl>

257. En “Crimen y Castigo: La trasgresión como norma”, epílogo del libro: La prevención de la delincuencia: el enfoque de la competencia social. Páginas 367-368. Tirant lo Blanch, Valencia, 1995.

258. En otras palabras se diría: *Cómo los jóvenes obreros consiguen trabajos de clase obrera.*

Finalmente, comparto la idea de que el trabajo tiene una importancia decisiva en el proceso de socialización de un joven liberado del sistema, pero únicamente será cierto para aquellos infractores que hayan decidido dar un giro copernicano a su vida; para los que opten elegir entre dos marcos normativos de referencia: *el pro social y el sub cultural*. En el primero de ellos, se parte de la creencia de que el trabajo dignifica al muchacho, al adulto, les hace útil y es mejor tenerlo que no tenerlo. Aunque para los liberados del sistema penal juvenil o de mayores, el trabajo tiene que adquirir obligadamente una dimensión reinsertadora, rehabilitadora, de regreso a la comunidad. En el segundo, en el mundo de la delincuencia común, trabajar significa un mayor o menor grado de especialización para vivir de lo ajeno, es decir, a costa de los demás. Y como en todos los trabajos, los que desempeñan más exitosamente su *profesión*, obtienen la sustanciosa recompensa del vil metal, aunque haya sido a través de medios ilegítimos. Bajo esta concepción, por más buena voluntad y fuerza que pueda tener la DGCI, para ayudar a los jóvenes en conflicto con la ley penal juvenil, nunca estará en la capacidad de anular los efectos negativos de vivir en exclusión social y marginalización, reforzada por una subcultura de la calle, en la que la violencia es ejemplificada como el instrumento idóneo para obtener estatus y respeto. Pero la postura anterior, también admite replica: la experiencia en las prisiones, ha comprobado que quizá *“el mayor logro que observamos es el comprobar una vez más que el ser humano, así como aprende a ser agresivo, también aprende a inhibir la agresión y que el mayor antídoto que existe para ello es el fomento de las tendencias altruistas naturales que hay en cada uno de nosotros.”*²⁵⁹ Como resultado de la aplicación de programas de tratamiento psicológico penitenciario, en grupos de internos – corrobora Maricé Romero Quintana²⁶⁰– se han observado los siguientes avances: *“adquisición de capacidades de relación personal, aumento de la empatía hacia los demás, mayor seguridad y confianza en sí mismos, asunción de la responsabilidad personal y social, desarrollo de la autoestima, incremento del control de impulsos, afrontamiento de las situaciones con mayor honestidad, arrepentimiento sincero por el daño causado, deseos crecientes de reparación del daño y compromiso para ayudar a otros compañeros que inician la terapia”*. Lo antes expresado, anima la labor y el trabajo al que están comprometidos los empleados y funcionarios de los Centros Intermedios. Pues quién no crea en la capacidad innata del ser humano para auto determinarse, con mucha dificultad logrará incorporarse, al trabajo de la nueva GRJCLPJ.

4. Organización de la GRJCLPJ

El trabajo como medio de promover la rehabilitación de los internos, aparece – según Elías Neuman – con las instituciones de tipo correccional precursoras de la reforma carcelaria de fines del siglo XVIII y principios del XIX. Bajo el impacto

259. Romero Quintana, Maricé: programas de tratamiento psicológico penitenciario. Amarú ediciones, Salamanca, España, 2007, paginas 24-25. En esa misma idea, el profesor Alba Robles, expresa: *“No se puede estar siempre en el estado pasado de lo que le ocurrió al menor. El tutor debe proyectar el presente y futuro del adolescente, sin caer en la victimización. Se debe generar un vínculo emocional con el joven, pero siempre teniendo claro los límites de esta relación, el que nos permite legitimarnos como su tutor”*

260. Op. Cit página 24

de las corrientes liberales y utilitaristas se promueve al trabajo penitenciario como un medio de corrección, moralización, orden y disciplina. Nada mejor que la fórmula de J. Howard: *“make men diligent and they will be honest”*²⁶¹ para caracterizar esa época.

Su evolución posterior debida a una mayor compenetración acerca de las funciones que debían cumplir los establecimientos penitenciarios junto al inconmensurable avance de la ciencia y al sentimiento de solidaridad humana permitirá convertirlo en un método terapéutico. Esta mutación sufrida por el trabajo penitenciario permite comprobar que desapareció, al menos doctrinalmente, el sentido meramente expiatorio y el interés económico como única motivación de la ejecución de la sanción privativa de libertad. Es una terapia tendiente a efectivizar la readaptación social de una serie lo más individualizada posible de reclusos.

¿Cómo se manifiesta en la práctica? Si se acepta que el trabajo es connatural al ser humano, para aquél muchacho sometido a medida de internamiento, que por cualquier causa nunca trabajó, él constituirá un descubrimiento de felices consecuencias; no menor será la medida de su influencia para quién, siendo eficaz operario, de pronto vio cercenada su aptitud en el encierro o bajo el impacto del hecho cometido; igualmente respecto al infractor de extracción campesina acostumbrado a la cultivo y a la vida del agro; el violento a quien servirá para canalizar impulsos agresivos. Todo lo cual deberá dosificarse con el tratamiento en un medio de confianza, mediante la educación, la cultura, y el esparcimiento.

El cultivo de tierras y la elaboración y manufactura de diversos productos que éstas brindan, permitirán mantener y desarrollar el nivel técnico y hasta profesional de los internos. Ello se reflejará positivamente en su conciencia moral, tanto más cuando un salario²⁶² adecuado a sus necesidades y las de su familia corone el esfuerzo diario. El trabajo agropecuario por otra parte, diversifica las tareas,

261. “Has a los hombres laboriosos y ellos serán honestos”

262. El Reglamento Interno de Centros Intermedios, en el artículo 24 ordena: *“El director del centro podrá autorizar que los jóvenes, según su capacidad y con las limitaciones legales, realicen un trabajo remunerado para terceras personas, salvo el de labores domésticas para el buen funcionamiento del centro y el comprendido en el inciso tercero del presente artículo, los que no serán remunerados. El menor podrá optar por la clase de trabajo que desee realizar previo visto bueno de la administración del centro. El salario se pagará en la cuantía según la forma pactada por las partes y de conformidad con la Ley. La remuneración en ningún caso podrá ser menor al salario mínimo establecido por la Ley. Previo consentimiento del joven podrá reservarse una parte de la remuneración que reciba, para constituir un fondo de ahorro que será depositado en una cuenta bancaria de ahorro administrada por la trabajadora social del centro y supervisada por el joven, la cual se le entregará cuando finalice la medida de internamiento; y el remanente podrá ser utilizado por el joven para sus gastos personales o enviárselo a su familia. Cuando los jóvenes se encontraren cumpliendo un programa de formación o capacitación laboral, su trabajo no será remunerado y el producto que se obtenga de la venta de éste, se destinará para el mantenimiento de la maquinaria y el equipo de los talleres del centro”*. El artículo 109 de la ley Penitenciaria, expresa en su inciso 1º: *“El trabajo que realicen los internos, salvo el de labores domésticas para el buen funcionamiento del centro o el originado en un programa de rehabilitación, deberá ser siempre remunerado. La remuneración no podrá ser menor al salario mínimo establecido por la ley para cada caso”* En semejantes condiciones también RGCIM, expresa: Art. 20: *“La administración del centro podrá autorizar que los menores, según su capacidad y con las limitaciones legales, realicen un trabajo remunerado para terceras personas, salvo el de labores domésticas para el buen funcionamiento del centro y el comprendido en el Inciso tercero del presente artículo, los que no serán remunerados. El menor podrá optar por la clase de trabajo que desee realizar. El Salario se pagará en la cuantía según la forma pactada por las partes y de conformidad con la Ley. La remuneración, en ningún caso podrá ser menor al salario mínimo establecido por la Ley”*.

que hace posible los más variados aprendizajes, se suma la consecuencia lógica del autoabastecimiento económico de la GRJCLPJ, todo lo cual posibilita que el trabajo sea útil y a la vez productivo. Conviene para terminar esta justificación, las palabras de Enrico Ferri: “El trabajo al aire libre: he aquí el único método útil para el aislamiento de los internos, puesto que lo que hace al hombre es lo que come y lo que respira”.

4.1 Concepto, características y pertinencia de las Granjas Penitenciarias

La pena de privativa de libertad²⁶³ ha venido siendo definida tradicionalmente por la doctrina como *aquella consistente en la reclusión del condenado en un establecimiento penal en el que permanece, en mayor o menor grado, privado de su libertad, sometido a un régimen de vida y, por lo común, sujeto a la obligación de trabajar*²⁶⁴. Esta definición tiene como principal defecto el hecho de difuminar el bien jurídico sobre el que esta pena recae, pues una identificación del mismo con la libertad in genere supone, nada menos, que una equiparación de la pena privativa de libertad con la esclavitud²⁶⁵, y nada más ajeno a la teoría legal vigente en El Salvador; aunque es escalofriante detenerse a pensar en la veracidad de tal comparación. Desde la Constitución, la ley penal juvenil y la ley de vigilancia y control de ejecución de medidas al menor y el Reglamento de Interno de los centros Intermedios, se deduce que la medida de internamiento no priva totalmente de la libertad exterior ni puede suprimir la libertad interna. Además, la referencia a la obligación de trabajar responde a una concepción pretérita de la prisión, cómo ya lo vimos atrás, habiéndose polarizado en la actualidad la dialéctica trabajo-deber *versus* trabajo- derecho a favor de este último.

Así pues, podemos definir la pena privativa de libertad: Aquella pena o medida, impuesta como tal por el Estado a través de sus tribunales de justicia, que restringe al joven o al adulto su libertad ambulatoria²⁶⁶; al obligarle a permanecer recluido en un lugar destinado al efecto, quedando sometido a un régimen de vida que hace que otros derechos queden asimismo limitados.

Cuando se piensa en una granja, se concibe espacio rural, un centro de producción de bienes agrícolas o de crianza de animales. Una granja también puede servir

263. Sucede que hay una coincidencia en su naturaleza, entre la medida de internamiento con la pena de prisión. Similitud que se evidencia en el artículo 17 de la penal juvenil, cuando expresa: “*El internamiento constituye una privación de libertad que el Juez ordena excepcionalmente, como última medida, cuando concurren las circunstancias establecidas para la privación de libertad por orden judicial y su duración será por el menor tiempo posible*”. Por otra parte el artículo 47 del Código también define la pena de cárcel como “*una limitación a la libertad ambulatoria de la persona, cuya magnitud dependerá del régimen de cumplimiento*”.

264. Así lo expresaba Cuello Calón, Landrove Díaz y Garrido Guzmán. Citados por Téllez Aguilera en *Sistemas penitenciarios y sus prisiones* derecho y realidad. Pp. 20-21.

265. No es desatinada la equiparación, en donde la prisión hace las veces de la familia romana, desempeñando el Director el papel del paterfamilias. En ese contexto, el interno es un esclavo acogido en el seno de la familia penitenciaria “*hasta lograr redimirle de la esclavitud al concederle la libertad, que los mismos reclusos compran con su buena conducta o a través de la redención de pena por trabajo*”.

266. Lo que se ha venido en llamar *topokinesis o kinesis tópica*, esto es la libertad de la persona de moverse locativamente *so weit di Füße trügen* (tan lejos como nos pueden llevar los pies).

como espacio habitacional para los individuos que desempeñan allí las actividades productivas, y es por esta razón que la granja cuenta con diferentes áreas. La cual se pone a disposición de quienes la posean para ser trabajada, labrada y utilizada en la producción de cultivos o cría y domesticación de animales. La granja debe por tanto contar con una importante parte de su área dedicada a la producción, es decir, un área cultivada en la cual diversos tipos de vegetales o cereales pueden producirse. Por tanto, para efectos de este estudio definiremos a GRJCLPJ, de la manera siguiente: “Al espacio al aire libre, que posee una determinada porción de tierra cultivable; así como un área habitacional para las personas que laboran en dicho lugar. Con el propósito de que las jóvenes sometidos a medida de internamiento, puedan laborar en las actividades agropecuarias y productivas, a las que sean destinados; con el fin de disminuir el impacto negativo y la carga represiva que tiene el encierro y alcanzar los fines socioeducativos, en el marco de una protección integral del muchacho en conflicto con la ley penal”.

Ahora procede, referirse a la pertinencia, de la echar andar una GRJCLPJ, en el contexto de la política penal juvenil salvadoreña y de las circunstancias socioeconómicas propias de nuestro país. Da la sensación que hablar de “granjas” en el siglo XXI, es un anacronismo pues tales instituciones penitenciarias, no corresponde o no parecen corresponder a la época actual. Por ejemplo en sur América estuvieron en boga en los años 50, confirma esta afirmación el Ilustre penitenciarista argentino, Elías Neuman, en su ya clásico texto: “Prisión Abierta”, específicamente en el capítulo IX de la obra. Cabe preguntarse ¿Qué relación hay entre actividad agrícola y juventud? ¿Realmente necesaria una granja para los jóvenes en conflicto con la ley o sería mejor una *incubadora de empresas*²⁶⁷, *muy de moda en este tiempo?* ¿Será mejor *diseñar una colonia penal*²⁶⁸? Intentaré a continuación demostrar, lo oportuno en términos económicos y sociales de la puesta en marcha de la GRJCLPJ.

Según los datos de la EHPM de 2012, los trabajadores jóvenes entre las edades de 15 y 19 años tenían como principal fuente de ocupación la agricultura y la ganadería, con el 31.1%, en segundo lugar se encontró el comercio con 28.5% y finalmente la industria y manufactura con el 16.8%. Llama fuertemente la atención que a nivel nacional la mayor parte de los jóvenes de este grupo participen de las actividades agrícolas y ganaderas, aun cuando sea este sector el que ha tenido una

267. Es una organización diseñada para acelerar el crecimiento y asegurar el éxito de proyectos emprendedores a través de una amplia gama de recursos y servicios empresariales que puede incluir renta de espacios físicos, capitalización, coaching, *networking* (es decir acceso a una red de contactos) y otros servicios básicos como telecomunicaciones, limpieza o estacionamiento. Usualmente son patrocinadas, apoyadas y operadas por compañías privadas, entidades gubernamentales o universidades. Su propósito primordial es ayudar a crear y crecer empresas jóvenes proveyéndolas con el apoyo necesario de servicios técnicos y financieros.

268. Según Neuman, Op. Cit página 147., “Los términos *colonia penal* se utilizaron (...) por vez primera para señalar a los deportados, el sitio y el propósito que guiaba la colonización ultramarina. Estos mismos términos sirvieron luego para denominar a la prisión abierta”. En cambio otro argentino, Raúl Goldstein, en su Diccionario de derecho penal y criminología, en la páginas 182 y 184, equipara el vocablo colonia penal, con granja agrícola la cual define así: “*sistema penitenciario en el que predomina la dedicación de los internos a tareas rurales, con trabajo al aire libre y en espacios abiertos. Funciona en el campo, en zonas apartadas de las ciudades, y en las que se imparte enseñanzas de faenas agrícolas y/o ganaderas. Estas colonias – dice Goldstein – son de resultado positivo cuando se trata de menores; (...)*”

sería disminución de sus puestos de trabajo. Cuando vemos en retrospectiva estos mismos porcentaje notamos que han habido cambios importantes, así por ejemplo, en el año 2006, las cifras para agricultura y ganadería, comercio e industria fueron, en ese mismo grupo de edad, 39%, 21.7%, y 18% respectivamente. Es decir que en 6 años la agricultura tuvo un descenso neto de 8%, comercio un aumento de aproximadamente 7% e industria un descenso de 1.2% en la proporción de jóvenes según rama. En el grupo de jóvenes de entre 20 y 24 años, en cambio, la agricultura y ganadería deja de ser la principal fuente de ocupación, ya que sólo aglutina al 14.8% de los jóvenes de este grupo. Son entonces el comercio con el 28.6% y la industria manufactura con el 23.2% las categorías que pasan a ser las principales fuentes de empleo. Nuevamente es interesante ver las proporciones de jóvenes en esas categorías para 2006. Entonces agricultura obtuvo 20.3%, comercio 23.7% e industria 23.5%. Las cifras son muy interesantes, nuevamente en un período de seis años la agricultura ha perdido el 5.5% de los jóvenes en agricultura, además vemos como los jóvenes en la categoría comercio han subido casi 5% y la industria se ha quedado estancada con el misma proporción de jóvenes. Si comparamos la tendencia de ambos grupos etéreos, en lo que tiene que ver con el tipo de ocupación que realizan, notamos que existe una discontinuidad bastante marcada. Los datos muestran el abandono por parte de los jóvenes de las actividades agrícolas y ganaderas al llegar a la mayoría de edad. El abandono se hace notar cada año y se mueve de forma rápida.

Sin embargo, el abandono de las actividades agrícolas no implica necesariamente su reincorporación a otras actividades laborales. De acuerdo a los datos obtenidos en 2012, el 28.7% de los jóvenes en el grupo 15 y 19 años declararon que su última ocupación antes de llegar a la categoría .desocupado fue la agricultura y ganadería. En cambio, en el siguiente grupo de 20 a 24 años fue el comercio con el 17.3%, seguido muy de cerca por la agricultura con el 17%. En cualquiera de los casos, la agricultura sería, en términos generales, la actividad económica que produce más jóvenes desocupados, eso significa 15,9 mil jóvenes para el 2012 (en el año 2006 la cifra fue de 13.6 mil jóvenes). Resulta entonces justificada por su actualidad y necesidad, la existencia y funcionamiento, en esta época y circunstancias, la puesta en marcha de la GRJCLPJ. No es ninguna oferta extemporánea ni mal situada. Según la realidad social y demográfica salvadoreña, es oportuna la implementación de un centro de rehabilitación para jóvenes, sometidos a medida de internamiento. Además el derecho juvenil contemporáneo estima que en el caso de que la privación de libertad sea dispuesta, es preciso garantizar que se cumpla con el fin socioeducativo y de responsabilidad para una adecuada reinserción social²⁶⁹.

En esta perspectiva, las medidas que se adopten deben procurar la asunción de responsabilidad del adolescente, fortalecer su respeto a los derechos humanos y las libertades fundamentales de terceros, y el robustecer los vínculos familiares y sociales. La cárcel debe ser una escuela de libertad, la GRJCLPJ, deberá ser

269. RB 17.1

un espacio para que el interno encuentre suficientes motivaciones para vivir en libertad, adquiera valores, aprenda el respeto que debe a los demás y que le deben a su vez los otros, halle las sendas por las que conducir su vida y a través de las cuales pueda integrarse a la sociedad, que le ha dado las oportunidades, parte de lo que le sustrajo con su conducta anómala. En esta tarea es fundamental el papel de los empleados y funcionarios de la Institución. El trabajo del personal que trabaja en los centros de internamiento a menudo se desconoce y casi nunca se valora adecuadamente. Desarrollan su actividad con jóvenes que tienen muchos problemas y a veces trabajan en condiciones difíciles. Por ello, tiene un gran valor su profesionalidad y su compromiso con la tarea reeducadora que la institución tiene y en particular, el esfuerzo que hacen por desarrollar programas de tratamiento que ayuden a apartar del mundo del delito a quienes pasan por los Centros Intermedios.

La DGCI es una pieza ineludible de la política de seguridad de El Salvador y también de la política de intervención social. Estamos convencidos de que solamente construyendo espacios de tratamiento, reeducación y reinserción para aquellos muchachos, que un día cometieron un delito podremos dar respuestas eficaces que incrementen nuestra seguridad y nuestra libertad ciudadana.

La promoción de la GRJLPJ, busca socializar al muchacho infractor e incorporarlo a la sociedad a través de la educación formal y la capacitación técnica, para que llegue a formar su pequeña empresa. Alcance un nivel adecuado de desarrollo físico y mental, asumiendo hábitos y valores sociales imperiosos para la inserción socio familiar. Con la nueva Granja, la DGCI, busca mitigar los problemas de exclusión, ofertando a los jóvenes marginados social y judicialmente, una perspectiva realista para ellos y sus familias, con oportunidades de una educación adecuada y un trabajo decente. Además, de fomentar y potenciar espacios sociales en la familia y en la calle, donde los muchachos sean reconocidos, respetados como personas, sin tener que pelear por ellos.

Por otro lado, la denominación de “granja” no es óbice, para no darle a la misma un contenido polivalente, no solo agropecuario. La misma institución, podrá en un momento dado asumir, otros rubros productivos como: producción de muebles de aluminio y lavandería de cocina. Elaboración de calzado (para niño). Confección de muebles de madera. Manufactura de estampados y serigrafía. Elaboración de matrices para envasado. Preparación de reciclaje de plástico. Producción de muebles metálicos, entre otros.

4.2 Organización, función y competencia

Previo a introducirnos a los detalles, de carácter estructural sobre la GRJLPJ, es necesario determinar la noción de: *clasificación, régimen y tratamiento*; categorías que serán la columna vertebral de este apartado. En consecuencia podemos aseverar que clasificación, tratamiento y régimen son conceptos distintos que, sin embargo, sirven al mismo objetivo. Veamos en qué consiste cada uno de ellos:

Clasificación: Está constituida por los distintos grados que compone el status jurídico del muchacho sometido a medida de internamiento. Es la base para la aplicación del tratamiento. **Régimen:** Es el encargado de proporcionar los medios ambientales necesarios (normas de convivencia) dentro de la Granja, para procurar el éxito del tratamiento. **Tratamiento:** Conjunto de actividades directamente dirigidas a la consecución de la reeducación y reinserción social de los jóvenes.

Si revisamos el marco de la justicia penal juvenil, encontramos lo concerniente al Régimen difuminado en el texto del RGCIM, a partir del capítulo III²⁷⁰. Lo relativo a la Clasificación y al Tratamiento, en el artículo 9 de RGCIM inciso 2°; el cual expresa: “*Todo menor que sea ingresado deberá ser entrevistado por los especialistas del centro a fin de elaborar el estudio sicosocial que corresponda, tomando también en consideración los anteriores estudios realizados al menor, y poder determinar el lugar más adecuado para su ubicación, así como el tipo y nivel necesario de programas o de tratamiento que deberá aplicársele*”. Una referencia directa al Tratamiento, también se ubica en el Artículo 10 RGCIM: “*La administración deberá proyectar y desarrollar programas que ayuden a los menores a su formación integral y reinserción en su familia y en la sociedad, así como a atenuar los prejuicios contra esos menores*”. Pero aún existe otra fuente legal que revisar, el Reglamento Interno de los Centros Intermedios, instrumento específico, que tiene por objeto regular el régimen administrativo de los Centros Intermedios, determina los derechos y obligaciones de menores internos y el marco legal de carácter general que rige programas educativos, de capacitación, laborales, de salud, culturales, religiosos y de recreación, todo en estricto cumplimiento de la Ley Penal Juvenil. En consecuencia la organización y funcionamiento de la GRJCLPJ, se encuentra sujeta a las disposiciones tanto de RGCIM como del RICJ, por tal razón ente punto, exploraremos si este cuerpo legal está apto para regir la clasificación, régimen y tratamiento de la GRJCLPJ. Efectivamente, a partir del capítulo III se encuentra difuminado lo perteneciente al Régimen, particularmente desde el artículo 8. El artículo 11 regula la Clasificación y el Tratamiento lo ordenan los artículos 20 y 24 del RICJ. Por tanto podemos decir que ambos reglamentos (RGCIM y el RICJ) nos dan el fundamento básico que debe estructurar la organización y funcionamiento de la GRJCLPJ. Por tal razón en forma esquemática, haré referencia al contenido elemental de las normas, que según el criterio del consultor, mejorarían la estructura legal de la GRJCLPJ; entendiendo por “estructura legal” todo lo concerniente al conjunto de normas que deben regir: La organización, el personal, el funcionamiento, la gestión administrativa, la función de seguridad, los servicios y la colaboración de las instituciones públicas y privadas.

Sucede una GRJCLPJ, por sus características como institución total, cuenta especialmente con un sistema de medidas y acciones sustantivas que regulan su vida cotidiana y su trasgresión supone algún tipo de consecuencia a menudo de naturaleza restrictiva. Estas medidas son los mecanismos para garantizar la seguridad social y jurídica de los jóvenes internos y dota de los medios y herramientas al

270. Comenzando en el artículo 6 y ss.

personal penitenciario para que, en el ejercicio de sus funciones, puedan remitirse siempre a una normativa legal que les respalde en sus decisiones y refrende sus acciones. La gestión de una GRJCLPJ, se desarrolla dentro de los límites establecidos por la Constitución, las leyes, tratados internacionales y los reglamentos. Tal y como ya lo evidenciamos en páginas anteriores. En la organización se encuentra el eje central del ordenamiento de una GRJCLPJ La organización, es un medio útil para garantizar un buen clima social, velar por la seguridad de la Granja y la del propio interno y en consecuencia facilitar el tratamiento, la reeducación y reinserción del muchacho.

La GRJCLPJ, se organiza conforme a los siguientes principios:

- Un trato fundamentado en el respeto de los derechos y deberes de cada joven interno.
- El establecimiento de actividades y acciones que conlleven a la rehabilitación de los jóvenes sometidos a medida de internamiento.
- Un régimen de vigilancia que garantice la seguridad de los internos.
- Una adecuada gestión y administración para el buen funcionamiento de la GRJCLPJ.

4.2.1 Propuesta de normas complementarias para la organización y funcionamiento de la GRJCLPJ

El esquema siguiente, se compone de dos elementos. En primer lugar señalo la carencia normativa, tanto a nivel de ley y reglamentos respectivos. Luego, hago la propuesta del contenido básico de las normas complementarias. Veamos cuáles son éstas:

1. Objetivo de la GRJCLPJ

- 1.1 Propuesta: Ser una institución que desde el enfoque de la protección integral, brinde un espacio adecuado para la óptima formación agropecuaria, tecnológica y empresarial de los jóvenes. Logrando en el muchacho una visión que lo conduzca a ser una persona libre, creativa, solidaria y transformadora de su realidad.

2. Fases del régimen (Observación, tratamiento y prueba)

- 2.1 Propuesta: -Programa I: Acercamiento y Persuasión, Programa II: Formación Personal, Programa III: Formación Laboral, Programa IV: Atención Familiar, Programa V: Residentado Juvenil.

3. Determinar las condiciones del trabajo en la GRJCLPJ

- 3.1 Propuesta: No tendrá carácter aflictivo, no se aplicará como medida de corrección, no atentará contra la dignidad del interno. Tendrá carácter formativo, creador o conservador de hábitos laborales, productivo o terapéutico, con el fin de preparar a los internos para las condiciones normales del trabajo libre. Se organizará y planificará, atendiendo a las aptitudes y calificaciones profesionales, de modo que satisfaga las aspiraciones laborales de los jóvenes, en cuanto sean compatibles con la organización y seguridad del establecimiento. Gozará de las prestaciones dispensadas por la legislación vigente, en materia laboral y seguridad social. De tal forma que una parte del salario de los muchachos, se destinará para el fondo de ahorro. La cantidad será fijada por el Equipo Técnico de la GRJCLPJ. Los fondos de ahorro de los internos, serán depositados en Institución de financiera, y los intereses beneficiarán al cuentahabiente. Los internos no pueden disponer de su fondo de ahorro antes de su alta, salvo por causa justificada, a juicio del Equipo Técnico. Este tasará prudentemente la cantidad que pueda poseer el menor en e la Granja, en forma de vales o fichas. Ningún joven podrá desempeñar funciones de autoridad o ejecutivos en el trabajo, o cargo alguno dentro de la Institución.

4. Establecimiento y vigencia de un horario tipo

- 4.1 Propuesta: Los horarios de actividades serán flexibles de conformidad con las necesidades de la GRJCLPJ; sin embargo se establecen las siguientes bases generales:

I. 6:00 a 7:00 hrs. levantarse; aseo del dormitorio; salida del mismo; aseo de la Institución. II. 7:00 a 8:00 hrs. actividades varias; aseo personal. III. 8:00 a 9:00 hrs. lavado de manos; desayuno; aseo de utensilios y comedor; aseo bucal. IV. 9:00 a 14:00 hrs. actividades varias (terapéuticas, educativas, culturales, deportivas, laborales, recreativas y visitas). V. 14:00 a 15:00 hrs. lavado de manos; comida; aseo de utensilios y comedor; aseo bucal. VI. 15:00 a 19:00 hrs. actividades varias, (terapéuticas, educativas, culturales, deportivas, laborales). VII. 19:00 a 20:00 hrs. lavado de manos; cena; aseo de utensilios y comedor; aseo bucal. VIII. 20:00 a 22:00 hrs. actividades recreativas diversas, aseo personal; ingreso a dormitorio. IX. 22:00 hrs. cese de actividades.

5. Organismos laborales de la GRJCLPJ

- 5.1 Propuesta: Unidad de diversificación del trabajo, dependencia de la DGCI. Oficina ocupacional de la GRJCLPJ, dependencia de la Granja y Centro de Coordinación post penitenciaria juvenil, dependencia de la DGCI; esta última oficina presta los siguientes servicios: De orientación y motivación, atención personalizada e inserción socio laboral.

6 Definir la relación laboral penitenciaria, derechos y obligaciones

- 6.1 Propuesta: Aquella que surge entre los jóvenes sometidos a medida de internamiento y la administración GRJCLPJ como consecuencia de actividades laborales de producción.
- 6.2 Derechos: A que se valore el trabajo productivo realizado por el interno en orden al régimen y tratamiento penitenciario, así como la concesión de beneficios penitenciarios. A realizar su labor sin perturbación alguna salvo por razones de seguridad y orden. A la promoción y formación profesional en el trabajo. A no ser discriminado como empleado por razón de nacionalidad, sexo, raza, religión, tendencia u opinión política, condición económica y social. A una adecuada política de seguridad social e higiene en el trabajo. Recibir la remuneración económica por su trabajo, así como al descanso semanal y las vacaciones anuales.
- 6.3 Obligaciones: Cumplir con las obligaciones de sus puestos de trabajo. Observar las medidas de seguridad e higiene adoptadas en el taller de producción. No dañar instrumentos de trabajo o maquinaria. Cumplir las órdenes e instrucciones de los encargados de talleres. Tomar los descansos semanales y las vacaciones anuales que le corresponden

7. Establecer causas de suspensión y extinción

- 7.1 Propuesta: Causas de Suspensión: Mutuo acuerdo entre las partes. Incapacidad temporal del interno. Por el cumplimiento de sanciones disciplinarias. Fuerza mayor o caso fortuito temporal. Razones de tratamiento. Por razones de traslado que dure más de 30 días. Por disfrutar permisos de salida.
- 7.2 Causas de extinción: Por mutuo acuerdo entre las partes. Por la expiración de la obra. Por invalidez grave o muerte del muchacho. Por fuerza mayor. Por enfermedad mental sobreviniente. Por la obtención de la libertad. Cuando el joven no sea apto por razones de tratamiento. Por la contratación con empresas del exterior, para los jóvenes en que obtuvieron cambio de medida, de libertad vigilada. Por traslado hacia otro Centro que dure más de 30 días. Por renuncia del interno. Por razones disciplinarias y de seguridad.

Conclusiones y recomendaciones

Reflexiones finales acerca de las “Bases legales y criminológicas de la granja de rehabilitación para jóvenes en conflicto con la ley penal”:

- De manera general, la puesta en marcha de la GRJELPJ, es un cambio institucional promovido por la DGCI, muy significativo; pues se va acomodando paulatinamente a que los jóvenes adultos sentenciados

después de los 18 años, se incorporen a un sistema progresivo, basado en el trabajo agropecuario; con el objetivo de recuperarlos y dotarlos de habilidades para regresar de forma controlada a la vida en libertad, aún antes de cumplir con la medida totalmente.

- En este sentido la reinserción social es el objetivo último de la GRJCLPJ, pues toda su organización y gestión busca limitar los efectos de la sanción y ejecutar acciones de responsabilización, reparación, habilitación e integración del joven adulto.
- En consecuencia la creación y puesta en marcha de la GRJCLPJ, es de mucha importancia para el país y para los jóvenes adultos sometidos a la medida de internamiento. Dado que el trabajo, desde los orígenes del encerramiento ha sido visto como una estrategia de capacitación y rehabilitación por excelencia. En primer lugar, porque toda actividad laboral mayoritariamente está orientada a la productividad y al logro de un salario. También fortalece, corrige y permite dar seguimiento a patrones disciplinarios y de auto control. En tercer lugar el trabajo permite al muchacho, desarrollar actividades de tratamiento, que sería casi difícil cumplirlas si no se contará con una actividad laboral.
- Asimismo, no hay que olvidar, que las pandillas juveniles, maras y barras – que son la población más densa de los centros intermedios - son un fenómeno que nace de las situaciones de exclusión, pobreza, marginación que viven muchos jóvenes. Por tal razón, la DGCI consecuente a esa realidad, por medio de la GRJELPJ, busca dar atención al problema social que es la raíz de dicha fenómeno problemático.
- En virtud de lo anterior formulamos las siguientes recomendaciones:
 - ✓ Formular una serie de programas de tratamiento adecuado a la realidad y necesidad de los jóvenes adultos que les permita recuperar su libertad con las herramientas necesarias para construir una vida libre de violencia. De esta manera, los jóvenes tendrán el tratamiento profesional y moderno que necesitan, aumentando las posibilidades de su reincorporación en libertad, con un nuevo proyecto de vida, mayores habilidades personales, y la formación académica y vocacional para alcanzar sus metas.
 - ✓ Prescribir criterios que permitan clasificar internos según el tipo de delito cometido, por el grado de peligrosidad que demuestren, y por un perfil criminológico más amplio, para luego reubicarlos en sectores específicos, debidamente organizados; dentro de la GRJCLPJ. De esta manera se mejora la seguridad y la posibilidad de adaptar los programas de tratamiento de acuerdo a la población.

- ✓ Crear en el Ministerio de Justicia y Seguridad Pública una unidad de criminología, con especialistas en criminología de adolescentes y jóvenes, para coordinar información e insumos hacia la creación de una política criminal, que incluya una política especial en delincuencia juvenil.
- ✓ Mejorar la capacidad profesional de orientadores y equipos técnicos para que su relación y tratamiento con los jóvenes sea un factor indiscutiblemente positivo en el proceso de cambio en su vida. Los planes de tratamiento deben contemplar, modernos instrumentos de evaluación y deben basarse en los perfiles criminológicos de los jóvenes, y no el delito por el cual fueron privados de libertad. En este mismo sentido, se sugiere la separación de cuerpos de seguridad para adultos y para menores de edad. Para trabajar con jóvenes privados de libertad bajo la *Ley Penal Juvenil*, la seguridad debe ser especializada. Además, es urgente garantizar que la seguridad responda a las mismas normas y políticas que la administración de los centros. Es decir, la seguridad de los centros de inserción del ISNA debe ser contratadas y formadas por el ISNA, mientras que la seguridad para los Centros Intermedios debe responder directamente a la Dirección General de Centros Intermedios. De tal manera que en la GRJCLPJ, no se repita la descoordinación en temas preeminentes como son, las estrategias de seguridad, formación de los agentes y un enlace eficaz en temas de custodia e inteligencia; falencias detectadas en los últimos ocho años.
- ✓ Por último, en el momento en que la persona recupera su libertad requiere una coordinación con la familia y la comunidad donde residirá. Por ello se debe incluir en el plan de tratamiento de cada joven, una planificación de inserción social post penitenciaria sobre la base de una coordinación permanente con las instituciones del Estado presentes en la comunidad: MINED, MINSAL, y otras, para que asuman una responsabilidad en el proceso, aún antes de la liberación.

ABREVIATURAS

CN	Constitución
LPJ	Ley penal juvenil
LVCEM	Ley de vigilancia y control de ejecución de medidas al menor...
RGCIM	Reglamento general de los centros de internamiento para menores
CF	Código de familia.
DDHH	Declaración Universal de Derechos Humanos
CDN	Convención sobre los derechos del niño
RB	Reglas de Beijing
DPDJ	Directrices para la prevención de la delincuencia Juvenil.
RMAJM	Reglas Mínimas sobre la Administración de Justicia de Menores
PBPMPL	Principios Básicos sobre la Protección de los Menores Privados de Libertad.
RT	Reglas de Tokio
CSJ	Corte Suprema de Justicia.
RICI	Reglamento Interno de los Centros Intermedios
DGCI	Dirección general de centros intermedios
CIDH	Comisión Interamericana de Derechos Humanos
GRJCLPJ	Granja de rehabilitación de jóvenes en conflicto con la Ley Penal Juvenil
NNA	Niñas, niños y adolescentes
EHPM	Encuesta de hogares para propósitos múltiples

Bibliografía

- AA.VV: Justicia Penal de Menores. Programa de apoyo a la reforma del sistema de justicia. San Salvador, 1998.
- AA.VV: Criminología y Justicia Penal Juvenil. UJJ. CSJ. San Salvador, 2008.
- Goldstein, Raúl: Diccionario de Derecho Penal y Criminología. Editorial Astrea, Buenos Aires, Argentina, 1993.
- AA.VV: Reinserción, Derecho y Tratamiento en los Centros Penitenciarios. Amará ediciones, Salamanca, España, 2007.
- AA.VV: Manual de Gestión Penitenciaria. Editora Taller, Santo Domingo, Dominicana, 2006.
- Neuman, Elías: Prisión Abierta: 2° edición, Depalma, Buenos Aires, Argentina, 1984.
- Garrido Genovés, Vicente y otro: La prevención de la delincuencia: el enfoque de la competencia social. Tirant, Valencia, 1995.
- Mapelli Caffarena, Borja/Terradillos Basoco, Juan: *Las consecuencias jurídicas del delito*, Civitas, Madrid, 1999.
- Montoya Reyes, Tania. Política criminal: una necesidad del sistema de justicia penal juvenil. Homenaje a los diez años de vigencia de la Ley penal juvenil, Comisión coordinadora del Sector Justicia, 2005.
- Construyendo un Futuro de Paz. En el sitio www.interpeace.lao.org

El bienestar social de la infancia y los derechos de los niños

Lourdes Gaitán Muñoz

SUMARIO

Introducción. 1. Bienestar Social. 2. La Infancia y los Niños. 2.1. La Construcción Social de la Infancia. 2.2. La Infancia y la Estructura Social. 2.3. Los Niños como Actores Sociales. 2.4. La Infancia como minoría Social. 3. La posición de los Niños respecto al Bienestar Social. 3.1. Derechos de la Infancia. 3.2. El Pacto entre Sociedad, Familia y Estado. 3.3. La distribución generacional del Bienestar. 3.4. Los desafíos para el Bienestar Social de los Niños. 4. Políticas Sociales de Infancia.

RESUMEN

El deseo de alcanzar el mayor bienestar para los niños es algo que se da por hecho, sin embargo la definición de lo que supone actuar «en su superior interés» queda al arbitrio de la interpretación adulta y está influida por las convenciones sociales que determinan el lugar y el papel adecuado para los niños en la sociedad. El bienestar en la infancia debe ser más que una ilusión lejana, o una concesión graciosa de los adultos, puesto que constituye un derecho de los niños como seres humanos. En este artículo se analiza la noción y el desarrollo del bienestar social, por un lado, y la dimensión sociológica de la infancia como fenómeno social y de los niños como grupo minoritario y como actores sociales, por otro. Después se relacionan ambos conceptos y se señalan caminos alternativos para las políticas sociales de infancia orientadas a tratar con mayor justicia a los niños.

PALABRAS CLAVE: Infancia, niños, bienestar social, orden generacional, distribución, derechos humanos.

Introducción

Los cambios sociales acaecidos a lo largo del siglo XX han afectado, también, a los niños, a los seres humanos que transitan por esa primera etapa del ciclo vital que llamamos infancia. El balance de resultados de estos cambios, y la repercusión de los mismos en las condiciones de vida de los niños, presenta notables claroscuros.

Si, por un lado, los niños han ganado en visibilidad, en presencia pública, y han conseguido un lugar en la agenda de las preocupaciones políticas y sociales, de otra parte, los problemas de dependencia, segregación, explotación y pobreza que les afectan parecen, no sólo más visibles, sino también mayores en variedad y extensión.

En este artículo se abordará la situación de los niños en el amanecer del siglo XXI desde la perspectiva del bienestar social. Para ello, se comenzará tratando de fijar, brevemente, la idea de bienestar como expresión, y como forma de materialización, de los derechos sociales, entendidos estos como derechos de ciudadanía y como derechos universales. A continuación se presentará la visión de los niños y de la infancia que viene abriéndose paso, desde los últimos 15 ó 20 años, en el ámbito de las ciencias sociales, una visión que encuentra afinidades en las premisas sostenidas por los movimientos a favor de la promoción y defensa de los derechos de los niños, niñas y adolescentes. Se trata de un enfoque teórico que considera a los niños como actores sociales, y a la infancia como un elemento permanente de la estructura social.

Con estas dos primeras aclaraciones en mente, se analizará, en tercer lugar, la posición de los niños con relación al bienestar social, posición en la que juega un papel fundamental el reparto de responsabilidades asumido, respecto a ese bienestar, entre el Estado (entendiéndose que en aplicación de la lista de preferencias sociales vigentes) y las familias. El resultado, en general, es que el bienestar de los niños queda indisolublemente ligado a la posición de sus familias (en especial con respecto al mercado de trabajo) mientras que la actividad del estado es, en términos generales, débil (los niños parecen ser una cuestión no pública, sino un asunto privado).

No obstante, dependiendo del modelo de bienestar implantado en cada entorno o país, la intervención puede concentrarse sobre las familias más pobres y vulnerables, aplicando políticas residuales y remediales, o bien concretarse en un más o menos amplio abanico de prestaciones y servicios para apoyar el cuidado de los más pequeños.

Se finaliza con un conjunto de ideas, o propuestas, orientadas a garantizar el bienestar de la infancia, que se caracterizan por su naturaleza multidimensional. No se trata de propuestas novedosas puesto que, en mayor o menor medida, todas ellas forman parte de la retórica habitual que compone el discurso político o el de los círculos bienpensantes. Sin embargo, lo que pretende ponerse aquí de manifiesto, con su presentación conjunta, son dos cosas: por un lado, que todos los fenómenos sociales, y sus manifestaciones, están interrelacionados y que, frente a hechos multicausales, no es posible responder solamente con políticas parciales, monográficas o aisladas. De otra parte, una vez aceptado que la solución para los problemas actuales de los niños pasa por todas, algunas, o la mayor parte de las dimensiones que aquí se exponen, la cuestión crucial reside en un tema de elección, de opción, de formulación y aceptación de prioridades, en cuyo establecimiento influye, de modo sustancial, tanto la visión de la infancia compartida colectivamente, como el compromiso de la sociedad en su conjunto con el bienestar social de los niños, niñas y adolescentes.

1. Bienestar social

Refiriéndose al modelo europeo de bienestar social, Susan George declaraba recientemente¹ «Es una de las grandes creaciones del espíritu humano y deberíamos poder generalizarlo en el mundo». Cabría preguntarse qué tiene ese modelo para merecer tan rotundo elogio, precisamente en un momento en el que no cesan las críticas que desembocan en los peores augurios para el mismo.

A principios de los años 80, cuando España se esforzaba por dar forma a un Estado que respondiera al cumplimiento necesario de los derechos sociales, un grupo de profesionales definió el bienestar social como un «valor social que establece como finalidad que todos los miembros de la sociedad deben disponer de los medios precisos para satisfacer aquellas demandas comúnmente aceptadas como necesidades»². Situado así en el plano de los valores, la idea colectiva de bienestar orientaría los equilibrios y los pactos necesarios para poner en marcha y sostener un conjunto de políticas y dispensar (desplegar) una gama de recursos destinados a la cobertura de las necesidades identificadas.

La idea de bienestar social también puede considerarse latente en la parte de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de las Naciones Unidas, de 1948, que hace referencia a los derechos sociales los cuales, junto con los civiles y los políticos, conforman los derechos de ciudadanía en la acuñada y extendida visión de Marshall (1992).

Transcurrido tiempo y acontecimientos (sociales, políticos y económicos) suficientes en el mundo, puede decirse que tanto la noción de derechos humanos universales, como la de ciudadanía, son debatibles, revisables, actualizables, pero no que hayan dejado de constituir, por superadas, unas aspiraciones de orden superior para el género humano.

La cobertura de necesidades a las que alude la definición citada requiere la disposición de un conjunto de recursos accesibles para toda la población a la que se reconoce acreedora de los mismos en cuanto es portadora de derechos. De este modo, la materialización del bienestar, se concreta en una «cesta de políticas» (Garde, J.A., 1999), que por regla general incluye las siguientes: pensiones, empleo, vivienda, salud, educación y servicios sociales. La organización de los recursos propios de cada una de esas políticas se realiza a través de los correspondientes sistemas, que constituyen a su vez subsistemas del bienestar social global.

Visto el bienestar social como valor, como aspiración humana de carácter universal (volviendo a Susan George se puede afirmar, como ella, que «Es una cuestión que no tiene nada que ver con las diferencias culturales. Todo el mundo desea tener suficiente para comer, agua potable, una educación, asistencia médica, medios de transporte, energía») quedaría ahora referirse a quién y cómo regula, provee y paga el bienestar.

Desde finales del siglo XIX y principios del XX se produce la creciente asunción, por parte de la sociedad y de los Estados, de la legitimidad de la intervención estatal para nivelar las desigualdades sociales, corregir los desequilibrios derivados de la desigual distribución de la riqueza y garantizar una vida digna, basándose en principios de solidaridad y justicia social.

La concreción de estas acciones son los Estados de Bienestar que se consolidan en los países occidentales después de la II Guerra Mundial (y que se aproximan en distintos momentos históricos desde otras latitudes) conseguidos a través de pactos múltiples, implícitos o explícitos, entre capital/trabajo, sectores de producción, mercado/familias/estado, entre otros. En esta época se asume que la intervención estatal resulta imprescindible para lograr dos objetivos: el crecimiento económico dentro de las reglas de juego de la economía de mercado y la provisión de servicios al objeto de garantizar la paz social y una demanda sostenida.

Este modelo, siempre acompañado de un cierto margen de contestación, sufre su más fuerte crisis a mediados de los años 70 del pasado siglo, cuando la situación económica derivada de la subida de precios del petróleo hace que se aleje la posibilidad de un bienestar sostenible sobre la base del pleno empleo. Pero, sobre todo, se debilita el consenso social original y encuentran eco las críticas que le achacan, entre otras cosas, un coste excesivo, ineffectividad redistributiva (beneficia más a las clases medias que a las más pobres) y una sobrerregulación estatal que supone riesgos para la libertad y responsabilidad individuales, constituyendo una amenaza para la gestión democrática (Hirschman, A. 1994).

Para hacer frente a la situación aparecen las soluciones neo-liberales (menos Estado y más mercado) aunque también las alternativas postmodernas (menos estado y más participación ciudadana). Pero son las primeras las que se imponen, y en los años 80 y 90 el Estado de Bienestar sufre un serio revés por efecto de la difusión y expansión de las ideas y políticas neoliberales. Ello no ha supuesto el desmantelamiento del Estado de Bienestar, más bien un proceso de reestructuración en varias fases, que aún no ha finalizado (Rodríguez Cabrero, G., 2000).

Lo cierto es que el liberalismo económico no ha solucionado sino que ha aumentado los problemas desde el punto de vista del bienestar general y que el estado no ha dejado de intervenir y, en muchos casos, precisamente para contener, remediar o hacer de colchón de las sucesivas crisis económicas.

Tampoco el bienestar social ni la fórmula de Estado de Bienestar, están definidos de una vez y para siempre. Su mantenimiento, como vía para garantizar derechos (sociales) humanos, requiere adaptaciones que afectan, tanto a la reorientación de los objetivos, como a la reorganización de la gestión del Estado de Bienestar.

En el campo de las políticas públicas es donde está principalmente la pelota, pero también en el de la ciudadanía, que eventualmente se agrupa en distintos

movimientos orientados a la defensa de los derechos humanos, buscando que la moderna mundialización no sea sólo económica sino social, civil y política, persiguiendo un reparto más justo, equitativo y solidario de los recursos del planeta.

2. La infancia y los niños

La perspectiva tradicional sobre la infancia se encuentra desafiada actualmente por un nuevo interés de la sociedad hacia los niños. Esto es el resultado de un proceso que se ha producido especialmente a lo largo del siglo XX (anunciado como el siglo del niño) propiciado tanto desde distintos círculos reformistas, como en el plano del desarrollo de las ciencias sociales.

Ya según avanzaba el siglo XIX crecía la preocupación moral sobre la situación de los niños, que presentaba aspectos especialmente lacerantes para mentalidades honestas, fueran racionales, liberales, o de raíz religiosa. Los distintos informes e investigaciones impulsados por personas o entidades filantrópicas y reformistas, acabaron dando lugar a normas legales dirigidas a frenar el abuso laboral de los niños, a la vez que a introducir medidas correctoras y socializadoras en sus vidas. De este modo puede decirse que si la intervención del Estado fue fundamental para configurar el bienestar de los menores de edad, el impulso para el cambio procedía de los dirigentes morales de clase media en su afán de generalizar sus propios valores también entre la clase trabajadora (Krieken, R., 1992; I.O.E., 1989).

Los avances en la protección de los intereses y los derechos de los niños tienen su culminación ya casi vencido el siglo XX, con la aprobación, por las Naciones Unidas, de la Convención de los Derechos del Niño, en 1989. Dicha Convención, suscrita por todos los países del mundo (excepto Estados Unidos) estuvo precedida, no obstante, por la Declaración de Ginebra sobre los derechos del niño, fechada en 1924, y asimismo por la Declaración, del mismo nombre, adoptada por la Asamblea General de la ONU en 1959. Según se ha señalado reiteradamente, la diferencia más importante de la Convención, con respecto a las anteriores Declaraciones, es la consideración de los menores de edad como «sujetos de derechos», antes que como meros «objetos» de protección.

También en este periodo histórico experimentaron un notable desarrollo las llamadas «ciencias del niño», pedagogía, pediatría y psicología, y asimismo la sociología. Algunas de las ideas elaboradas desde estas ciencias, especialmente las referidas a la socialización y el desarrollo evolutivo de los niños, traspasaron el ámbito estrictamente académico y científico, siendo ampliamente divulgadas e internalizadas, pasando así a formar parte del saber común de la gente corriente, con evidente beneficio para el desarrollo físico y mental de los niños. Pero el problema es que tanto la psicología, como la pedagogía o la pediatría, orientan su mirada al niño individual, quedando su estudio limitado a un marco primariamente individualista y a una perspectiva ahistórica o suprahistórica, en la que el universal «niño» parece ajeno a los cambios que suceden en su entorno (Qvortrup,

J., 1990; Saporiti, A. y Sgritta, G., 1990; Wintersberger, H., 1994.a). Complementariamente, la idea de socialización contribuye a presentar la etapa infantil como una fase de desarrollo y maduración, ámbito privilegiado para la introducción primaria de valores y formas de conducta socialmente aceptables. Con todo ello, se refuerza y legitima la visión de los niños como seres dependientes, moldeables y controlables, valiosos socialmente como futuro, antes que importantes en sí como personas presentes.

Junto a estas visiones convencionales, hace menos de dos décadas, comenzó a desarrollarse una rama sociológica de cuyas principales aportaciones se rendirá cuenta en este apartado. Los planteamientos de la nueva sociología de la infancia (NSI) se aproximan a la Convención de los Derechos del Niño, en cuanto que uno de sus paradigmas es la consideración de los niños como, sujetos, como actores sociales. De otra parte, este enfoque sociológico sirve también como herramienta para el análisis que aquí se pretende, cual es, la posición de los niños en el contexto del bienestar social, principalmente en lo que se refiere al esquema de relaciones intergeneracionales implícito en el modelo clásico de bienestar, y también a la distribución generacional de los recursos sociales, presente y futura, y sus correspondientes consecuencias.

Hay otra razón para estudiar la posición de los niños respecto al bienestar, y es que en cierta medida, el proceso de construcción de la infancia moderna y el desarrollo del bienestar social, han corrido paralelos a lo largo del siglo XX, constituyendo ambos parte de un proceso de modernización amplio, que afecta a la sociedad globalmente, por más que presente distintos grados de desarrollo en los diferentes contextos locales. Pero antes de entrar en los rasgos de esa relación entre los niños y el bienestar, se dedicará este apartado a la consideración de la infancia como realidad socialmente construida y como parte permanente de la estructura social, así como de los niños como actores sociales que interactúan con otros actores y con otros grupos sociales.

2.1. La Construcción Social de la Infancia

Hablar de infancia es diferente de hablar de niños o del niño. El término infancia expresa la condición común al conjunto de individuos que se encuentran por debajo de una determinada edad. Tal condición no es «natural», sino que está construida socialmente, es decir, viene definida por el conjunto de normas, reglas y conductas que se atribuyen (social, colectivamente) al hecho de ser niño/a, en un momento histórico y en una sociedad determinados.

El espacio social de la infancia (para la infancia) se construye socialmente y en consecuencia presenta peculiaridad histórica, social y culturalmente determinadas. Ha sido precisamente su consideración como fenómeno histórico lo que ha sacado a la infancia de la oscuridad y la ha dado realce tanto en la teoría como en las prácticas sociales. Al menos entre los científicos y los estudiosos, algunos trabajos que

han analizado la infancia en una perspectiva histórica³, han gozado de altísimo predicamento, viniendo a constituirse, ellos mismos, en fuente de legitimación para una construcción de la infancia que cuadra bien con el pensamiento contemporáneo, compatible con el bien pensar acerca de nuestra sociedad. Se trata de un relato de progreso según el cual la infancia es un invento moderno y nunca antes ha gozado del protagonismo y la protección que se le dispensa actualmente (Gaitán, L., 1999a)

Quizá la más conocida propuesta de análisis histórico del lugar de la infancia a través de los siglos sea el de Philip Ariès (1985). Según la asunción más generalizada de su pensamiento, el descubrimiento de la infancia y la adolescencia es de origen reciente y se consolida entre las clases medias en la segunda mitad del siglo XIX, difundiéndose los valores que comporta entre las clases trabajadoras durante el siglo XX, con la ayuda particular del Estado de Bienestar.

Este simplificado marco general forma parte del universo simbólico referido a la infancia actualmente. Como lo forma también la idea de que la infancia es un período de tiempo en la vida de las personas destinado al aprendizaje, para llegar a ser el tipo de miembro que la sociedad desea. En este período las personas deben ser conducidas por otras más experimentadas, los adultos, lo que legitima su situación de dependencia (y de subordinación) respecto a estos, dependencia que tiene un evidente fundamento biológico y psíquico en las primeras fases de la vida del ser humano, pero que, avanzando el tiempo, presenta, más y más, motivaciones de carácter social y cultural. Es en función de este tipo de consideraciones como se fija la longitud del período de la infancia, la distribución del tiempo de los niños o las restricciones a su participación en la vida social.

Las pautas, normas y regulaciones que dictan las actitudes hacia aquellos definidos como niños, son únicas y particulares para cada sociedad. En ese sentido, es posible hablar, no de una, sino de distintas infancias, coexistentes en un mismo tiempo histórico. Y de cambios en la infancia, o en la forma de ser niño/a, a lo largo del tiempo. Estas variaciones relativas a comportamientos, tiempos y lugares, que han sido puestas de manifiesto por los historiadores, así como también por los antropólogos, revelan las distintas formas de vida social y cómo difieren esas formas entre ellas. En todo caso, permiten observar el proceso de construcción social de la infancia, en el que se registran los momentos de *externalización, objetivación e internalización* de la realidad a los que se refieren, en términos generales, Berger y Luckman (1978). De este modo podría decirse lo siguiente: la infancia se experimenta como una realidad objetiva, que se internaliza mediante la socialización, la cual indica, tanto cómo deben comportarse los adultos con los niños, como lo que deben hacer éstos para llegar a ser adultos. Así, parafraseando a los autores citados (p.84) puede decirse que: «la infancia es un producto humano, la infancia es una realidad objetiva, el niño es un producto social» (Gaitán, op. cit.).

La construcción social vigente considera a los menores de edad como seres incompletos, dependientes, moldeables, controlables, definidos antes que por un «ser» por un «aun-no-ser» adultos. Y así, el niño no es considerado como un «ser humano» (human being) sino como un «potencial humano» (human becoming), según apunta, provocativamente, Qvortrup (1994.a). En suma, la infancia viene a ser una etapa de preparación orientada al futuro, lo que ensombrece buena parte de su realidad como presente.

2.2. La Infancia en la Estructura Social

Considerar a la infancia como categoría social, esto es, como un componente estructural estable e integrado en la organización de la vida social (Saporiti, A., y Sgritta, G., 1990), o como estructura permanente en cualquier sociedad, aunque los miembros de esa estructura se renueven continuamente (Wintersberger, H., 1994.b) constituye otro enfoque teórico que permite dotar a la infancia de contenido y liberarla de su posición subordinada, o de la concepción de sus miembros como proyectos de persona, dando lugar a su reconocimiento como fuerza social actuante.

La concepción de la infancia como categoría social abre el paso a la dimensión más abstracta de este término, abstracción que representa el continente, no el contenido del campo infancia.

En este sentido la infancia puede quedar definida como «el período de la vida durante el cual un ser humano es tratado como un niño, y las características culturales, sociales y económicas de este período» (Frønes, I., 1994:148). Es claro que este continente está sometido a los vaivenes del cambio social y así cada infancia es una nueva infancia, como cada tiempo es un nuevo tiempo, y el conjunto de estructuras que componen la categoría infancia se modifica por efecto de los cambios sociales culturales y económicos, lo que nos lleva de vuelta a comprender la dimensión histórica como elemento para la explicación de la infancia.

Al considerar a la infancia como parte de la estructura social, es posible analizarla con parámetros económicos, políticos o culturales, como se hace respecto a la parte adulta. El requisito consiste en adoptar un enfoque que dote a la infancia de una autonomía conceptual, tanto teórica (infancia como categoría social, grupo infantil como generación, niños como grupo social) como metodológica (tomar a los niños como unidad de observación).

Es posible también relacionar cualquier hecho relevante observado en el ámbito de la vida de los niños (como su condición social o económica, su estatus político, o su conciencia de identidad) con los contextos globales en los que se produce, y explicar aquel hecho a la luz de las características de las estructuras sociales y de los mecanismos que operan en este macrocontexto, generando efectos sobre el nivel del grupo infantil. Esta línea de investigación fue desarrollada en el proyecto *Chil-*

dhoo as a *Social Phenomenon*⁴, donde los grandes movimientos y cambios sociales, como la industrialización, la urbanización, o la escolarización, se estudian en relación con la justicia distributiva, la división social del trabajo y el carácter de la vida cotidiana de los niños en la actualidad.

El enfoque de la infancia como parte de la estructura social abre también el paso a la consideración de la infancia como generación y al estudio de las posiciones generacionales distintas ocupadas por niños y adultos, así como a la relación entre las mismas. El enfoque generacional constituye una herramienta importante para el análisis social de la infancia, permitiendo: bien la comparación entre distintas generaciones (infancia, adultos, mayores) coexistentes, bien entre la misma generación (infantil) pero en diferentes momentos históricos, o bien las diferencias en el interior de una generación presente.

En el siguiente apartado se examinará, entre otras cosas, el orden generacional en la distribución del bienestar social, enfatizando, en ese caso, lo que es común a todos los niños sobre aquello que los diferencia. Ello obedece a la finalidad de comparar los beneficios de un grupo generacional frente a otros en el marco de un modelo que ofrece rasgos también relativamente comunes (el modelo de bienestar). Pero esto no impedirá la referencia a otras infancias, caracterizadas antes por el malestar que por el bienestar, cuya situación guarda relación con la desigualdad, con la dualización y la fragmentación social que se observan tanto en el contexto interno de las propias «sociedades del bienestar», como entre éstas y otras sociedades menos avanzadas, y son expresión de la misma posición de grupo minoritario con escaso poder que ostentan los niños en general.

2.3. Los Niños como Actores Sociales

La vida de los niños se desarrolla más bien en el ámbito de lo privado. Escondida en la familia permanece oculta y desconocida para la mirada adulta, salvo cuando su comportamiento problemático amenaza al orden social, el incumplimiento paterno remueve las conciencias hacia el deber colectivo, o las necesidades reproductivas de la sociedad requieren su participación en los procesos educativos. Pero a pesar de ser invisibles los niños actúan. Actúan unas veces porque su propia existencia modifica el entorno y obliga a adoptar medidas con relación a ellos, y otras veces porque, al irse introduciendo en el mundo social empiezan a intervenir en él.

Las relaciones del niño con los otros comienzan muy tempranamente, y con ellas empieza su demanda de reconocimiento. De algún modo, todas las protestas de los niños, desde el llanto del bebé al enfrentamiento del adolescente, pueden ser interpretadas como búsqueda y defensa de un espacio propio y de una relación de paridad con los adultos. Si queremos alejarnos del racionalismo dogmático que estudia al niño desde arriba y entiende sus esfuerzos de comunicación como conductas pre-lógicas o mágicas debemos admitir que las conductas del adulto y

del niño son en realidad solidarias, con anticipaciones del lado del niño y regresiones del adulto (O'Neill, J., 1992).

Si esto sucede en el ámbito microsocia, en el nivel de la estructura social, y de la mano de la construcción adulta, la infancia ha ido variando su posición y ha visto reconocidos unos derechos que la aproximan al grupo dominante. La propia dinámica de las cosas va resquebrajando el primitivo orden creado desde una perspectiva adultocéntrica. Los niños, como grupo social, no sólo pueden actuar, sino que actúan de hecho, e interactúan con los demás grupos sociales, modificando, construyendo y contribuyendo a los cambios que se producen en la sociedad, a la vez que son afectados por ellos en forma no exactamente igual que son afectados sus padres o los otros adultos, y sí de modo bastante semejante a como resultan afectados otros niños. Los niños son abiertos en una sociedad abierta y trasvasan experiencias de un espacio a otro de los que transitan, creando una cultura propia ampliamente compartida, y configurando su propia visión del mundo. En consecuencia los niños también provocan cambios en la forma de ser niño, también reconfiguran la definición de la infancia.

La forma de entender a los niños conlleva una falta de reconocimiento de su capacidad de actuar en el terreno público y limita su voluntad de hacer independiente, conscientes (por efecto de la socialización) de su responsabilidad limitada.

Pero ellos saltan a la luz de vez en cuando a través de conductas que, al producirse fuera del cauce del papel atribuido a los niños, y de la imagen de inocencia y vulnerabilidad creada en torno a ellos, son rápidamente calificadas como anormales y en consecuencia reprimidas, silenciadas o expulsadas al campo de la marginalidad.

Sin embargo, la consideración de los niños como actores sociales debe llevarnos a la idea de que los niños no son ni inocentes vulnerables ni salvajes dañinos que requieren control (Ennew, J., 1993), sino personas humanas, con derechos y obligaciones, respecto a las cuales deben operar los principios de igualdad y diferencia, del mismo modo que se postulan para otras minorías sociales.

2.4. La Infancia como Minoría Social

Como parte de la población los niños pueden ser considerados como un grupo de edad (entidad social diferente de la generación y la clase) caracterizada por la continua reposición de sus miembros (Frønes, I., 1994). Dentro de este enfoque los niños presentan un rasgo significativo de su consideración social: la minoría de edad es lo que les adscribe a un grupo, la más aparente condición común. Así la infancia también puede ser categorizada como grupo minoritario, caracterizado por encontrarse todos sus miembros por debajo de una edad. La condición de minoría social comporta una discriminación en materia de derechos, acceso al poder, bienestar y prestigio, así como una subordinación al grupo dominante. Quienes pertenecen a una minoría son considerados inferiores y frecuentemente

son víctimas de prejuicios, discriminación, abuso y humillaciones que poco tienen que ver con sus valores individuales sino que son precisamente un resultado de su estatus minoritario.

Como otros grupos minoritarios la infancia disfruta de unos derechos, aunque no de otros, pero lo peculiar de la infancia es que es el único grupo social cuya limitación de derechos está fundamentada en la edad, y el único que está privado de la representación directa de sus propios intereses ya que, como antes las mujeres estaban representadas por sus padres o esposos, así los niños lo siguen estando por sus progenitores o por sustitutos de éstos.

Esta dependencia está basada en la prevalencia de los derechos que protegen al menor sobre aquellos que se le asignan como persona. Se trata de una especie de intercambio: menos derechos/mayor protección. Pero de hecho cualquier clase de protección conlleva el riesgo de convertirse en una forma de control social que inevitablemente restringe la independencia del sujeto al que se quiere proteger. La discriminación en cuanto a derechos ejercibles no es la única que puede registrarse con respecto a la infancia, mas constituye quizá la más acabada legitimación para unas prácticas de segregación de los niños de la sociedad.

3. La posición de los niños respecto al bienestar social

La intervención del Estado orientada al Bienestar de la sociedad en su conjunto, introduce múltiples modificaciones en la vida social.

En el aspecto que aquí interesa, la implantación de políticas para el bienestar conlleva una alteración del orden generacional tradicional. Así, ya en las primeras etapas de los Estados de Bienestar, las relaciones de dependencia entre generaciones fueron reorganizadas en el nivel societal por el estado, y ello fundamentalmente a través de dos procesos: la institucionalización de la educación de los niños en el sistema escolar obligatorio, y la institucionalización de la provisión material para los mayores en el sistema de pensiones (Mayall, B. y Zeiher, H., 2003).

Se produce así un cambio en el contrato intergeneracional, que ya no se realiza en el nivel de las familias sino en el nivel de la sociedad. La primitiva solidaridad intrafamiliar, donde los padres generaban y criaban hijos (invertían en futuro) que luego garantizarían su sustento en la vejez, se quiebra. Los sistemas públicos de pensiones permiten tener asegurada la subsistencia en la vejez, con lo que el individuo se independiza (en el nivel de soporte material, principalmente de carácter económico) de las generaciones más jóvenes de su familia.

Y ¿qué sucede entonces con los niños? Pues, partiendo de la misma concepción del niño como futuro adulto, sucede que, llegada cierta etapa del capitalismo desarrollado, resulta más beneficioso enviarlo a la escuela (para que obtenga una formación que responda mejor a las nuevas necesidades de los procesos productivos)

que mantenerlo en el taller o la fábrica. El Estado asume así la escolarización de los menores como compromiso. A cambio, su familia, especialmente sus padres, deben proteger, alimentar, vestir, educar y cuidar a los niños. Todo ello para conseguir una reproducción de capital humano que responda a las necesidades del grupo adulto dominante.

El orden generacional resultante divide a la población en tres segmentos: el de los menores (dependientes), el de los adultos («activos» en el mercado de trabajo), y el de los mayores («acreedores» de beneficios sociales generados por sus anteriores cotizaciones sociales). Por otra parte, igual que en un orden generacional, la dinámica del bienestar se apoya inicialmente en un orden de género, basado en la preeminencia del varón como «cabeza» o sustentador principal de la familia y la mujer como sostenedora del hogar, administradora de la economía familiar y principal cuidadora de los miembros dependientes.

Los cambios sociales, la economía y sus repercusiones en el mercado de trabajo, van erosionando este orden, provocando desajustes, reacciones adaptativas y nuevos desafíos, que forman parte de las incertidumbres respecto a la sostenibilidad de los sistemas de bienestar. En el presente apartado se describirá, en primer lugar, el orden cristalizado en el sistema de bienestar social para la infancia y, en segundo término, los resultados, los productos, a los que da lugar el mismo. Se utilizará, para ello, el esquema que ya quedó apuntado en la primera sección de este artículo, esto es, la consideración del bienestar social en una triple dimensión (que no pretende agotar, no obstante, todas las posibilidades de análisis): como valor social, como pacto y como conjunto de políticas públicas.

3.1 Derechos para la infancia

El bienestar de la infancia, como valor social, encuentra su máxima expresión en la Convención sobre los Derechos del Niño de las Naciones Unidas, de 20 de noviembre de 1989.

En su preámbulo se recuerda cómo ya la Declaración Universal de Derechos Humanos, de 1948, proclamaba que toda persona humana tiene todos los derechos y libertades enunciados y, asimismo, que la infancia tiene derecho a cuidados y asistencia especiales. Es a especificar estas atenciones especiales a lo que principalmente se dirige la Convención, lo cual tiene un doble significado: por una parte, refleja el interés de los estados hacia la infancia, que se traduce, principalmente en protección; por otra, representa una segregación de los seres humanos pequeños en espacios particulares, en lo que hace, principalmente, a participación y autonomía personal.

Los derechos reconocidos en la Convención fueron clasificados, al objeto de facilitar su divulgación, en tres tipos (tres Ps): Provisión, Protección y Participación.

La *provisión* se refiere al derecho a poseer, recibir o tener acceso a ciertos recursos y servicios, a la distribución de los recursos entre la población infantil y adulta.

La *protección* consiste en el derecho a recibir cuidado parental y profesional, y a ser preservado actos y prácticas abusivas, la *participación* expresa el derecho a hacer cosas, expresarse por sí mismo y tener voz, individual y colectivamente (Bardy et alii., 1993:12).

El grupo de derechos relativos a la participación de los niños en la sociedad, siendo escuchados, especialmente en los temas que les afectan, es el más novedoso pero, a la vez, el más restringido y el menos desarrollado en la práctica. Incluidos bajo este epígrafe estarían los artículos que hacen referencia al derecho a la libertad de expresión, de pensamiento y de conciencia (con la guía de los padres), a que el niño debe ser escuchado en todo procedimiento legal o administrativo que le afecte (pero no puede reclamar sus derechos jurídicos o administrativos si no es por mediación de sus padres o representantes), a la libertad de asociación y de celebrar reuniones pacíficas (aunque nada se menciona respecto al desarrollo de actividades políticas, de elegir a sus representantes o de ser elegido). El trabajo, que es también una forma de participación en la vida social, no está reconocido para los niños desde el lado de libertades, sino desde el de la protección.

La protección ocupa la parte más extensa del articulado, y su mero enunciado supone un doloroso recorrido por todas las situaciones que amenazan la vida de los niños. La protección a la que los Estados partes de la Convención se comprometen se plantea tanto frente a la violación de los derechos de los menores de edad por parte de los padres, la familia y otros guardadores responsables de su bienestar, como a la que pudiera venir de instituciones o personas ajenas a la familia, como centros o establecimientos de convivencia alternativos, del propio Estado, de los medios de comunicación social, o de adultos que trataran de abusar, comerciar o explotar a los niños.

La provisión, que se refiere a la posibilidad de acceder y disfrutar de recursos materiales adecuados y suficientes, es el aspecto de la Convención más directamente relacionado con la cuestión que aquí nos ocupa. Su contenido principal se encuentra en los artículos 24 a 30. Así, en los artículos 24 y 25, los Estados parte reconocen el derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud, y a un examen periódico del tratamiento al que esté sometido.

El artículo 26 se refiere al derecho a beneficiarse de la seguridad social (conforme a la legislación nacional). En el artículo 28 los Estados reconocen el derecho del niño a la educación, y en el 29 se establecen las orientaciones generales que debe tener la misma. Antes, el artículo 27 recoge el derecho de todo niño a un nivel de vida adecuado para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social, añadiendo, a continuación, que incumbe a los padres u otras personas encargadas del niño

la responsabilidad primordial de proporcionar las condiciones de vida necesarias para su desarrollo aunque (explica el siguiente párrafo de este artículo) los Estados adoptarán medidas apropiadas para ayudar a los padres a dar efectividad a este derecho.

En esencia, el reparto de responsabilidades en la provisión de medios para facilitar el bienestar de las personas menores de edad queda dibujado en este conjunto de artículos, a cuyo comentario se dedicará el apartado siguiente. Antes se comentarán los aspectos de la Convención que han sido destacados como más positivos para la vida de los niños, y asimismo los que se consideran defectos que deben tratar de superarse.

La virtud más notable de la Convención reside en la expresa y reiterada atribución de derechos a los niños por sí, a los niños como personas. Junto a ello es destacable que sean los «Estados parte» de la Convención los que reconocen estos derechos y adquieren el compromiso de velar por su cumplimiento, estableciéndose, en la propia Convención, un sistema continuado para el seguimiento de los avances que se van logrando en los distintos países respecto a la protección de aquellos derechos y a la promoción del bienestar de los niños. Por último, si la Convención no sirve, por sí, para resolver los problemas que afectan a las personas calificadas como menores por encontrarse por debajo de determinada edad, si tiene la propiedad de hacer estos problemas más visibles, estableciendo las bases y los mecanismos apropiados para abordar su resolución.

Del lado de los defectos, los más señalados derivan de una concepción adultocéntrica y de una visión basada en la cultura occidental dominante, latentes ambas en el texto de la Convención. Veamos la traducción de cada uno de estos aspectos por separado.

De una parte, la retórica de la Convención expresa un orden generacional deseado, y así, los niños tendrán acceso a los recursos, según se establezca; los derechos de protección, que no tocan las relaciones de poder entre adultos y niños, son los más desarrollados, mientras que los auténticos derechos de participación, que desafiarían la jerarquía de poder entre generaciones, tienen un alcance limitado y un desarrollo escaso (Agathonos, H., 1993). La visión de los niños como seres dependientes y de la infancia como etapa de preparación queda reflejada y reforzada en la Convención. Esto conduce a contradicciones que desafían los principales impulsos innovadores que la misma propone.

Por ejemplo, el artículo 2, que se dirige a evitar cualquier forma de discriminación «entre niños», nada dice de la discriminación con respecto a los derechos de los adultos. Por otra parte, todo el texto enfoca al niño individual (aunque llama la atención que no haya referencias a dificultades específicas basadas en una razón de género, mientras sí se dedica un artículo completo a detallar, en positivo, las garantías específicas para asegurar que el niño mental o físicamente impedido, disfrute

de una vida plena, decente y digna), asumiendo la perspectiva evolutiva a través de múltiples referencias a la madurez y capacidad del niño como argumento para limitar su capacidad de actuar, principalmente en la arena pública, rebajando así el reconocimiento de sus derechos civiles. Pero quizá lo más importante en este plano sea la relación asimétrica, respecto a los adultos, que la Convención consolida: los niños son sujetos de derechos, pero no responsables de obligaciones, quedan así excluidos de las relaciones de intercambio que rigen, en el nivel normativo, para los adultos (Gaitán, L., 1999a).

En el aspecto cultural, y a pesar de la referencia expresa al respeto a los niños que pertenezcan a minorías étnicas, religiosas, lingüísticas o indígenas (art. 30), prevalecen en el texto de la Convención los paradigmas y categorías del modelo de desarrollo occidental dominante en todo el mundo. Como señala Recknagel (2002:19) «Conceptos monoculturales y etnocéntricos acerca de los derechos obstruyen la mirada hacia las particularidades de las culturas y comunidades». Sin caer en absoluto en el relativismo cultural para justificar la inhibición frente a conductas inaceptables, este autor se detiene en tres aspectos de la Convención (trabajo infantil, salud y educación) para señalar, respecto a cada uno, lo que el texto convencional dice, dónde reside el problema desde la perspectiva de diferencia cultural, y si existe necesidad de reformulación de la Convención en ese aspecto. Las recomendaciones que este autor deduce se pueden resumir del modo siguiente: Respecto al trabajo infantil, se debería mantener un punto de vista distinto (protección contra la explotación en vez de prohibición del trabajo infantil) subrayando el rol positivo del trabajo en la socialización de los niños, no sólo en los pueblos indígenas o comunidades rurales. Con relación a la salud propone, que en adición al servicio de salud primaria conforme a los principios occidentales de la medicina oficial, deben también promoverse las formas de alimentación y las estructuras de salud tradicionales y reconocidas localmente. Con relación a la educación, el autor considera que debe incluirse una apreciación de la tradición oral y del saber local, no como reemplazo, sino como complemento de los contenidos educativos occidentales modernos.

Para finalizar este subapartado, cabe detenerse en una comparación entre el tipo de derechos reconocidos a los niños y el que rige para los adultos en general. En su exposición clásica Marshall (op. cit.) señala que, por razones históricas, los derechos fueron reconocidos en el siguiente orden: primero los civiles, luego los políticos y por fin los sociales, y antes para los hombres que para las mujeres los dos primeros.

En el ámbito de la infancia, si se considera que las primeras legislaciones se produjeron en materia laboral, y que no es hasta la Convención cuando el tipo de derechos referidos a la persona se consolidan y los que atañen a su participación en la vida social aparecen, se podría decir que hay una inversión en el orden histórico de sus derechos: primero los sociales, después los civiles y pendientes aún los políticos.

3.2. El pacto entre sociedad, familia y estado

La orientación familiar atraviesa todo el texto de la Convención sobre los Derechos del Niño, que resulta bastante explícita con respecto a los derechos y obligaciones de los padres y en cierto modo vaga en lo que atañe a las responsabilidades de los Estados y las sociedades. Esto no hace otra cosa que reflejar, una vez más, el pensamiento dominante, caracterizado por una tendencia a considerar que los niños «por naturaleza» pertenecen a sus padres: su marco físico es el hogar y la familia el medio donde se desenvuelven sus relaciones primarias, el que marca además la orientación de las secundarias, el estatus social y el conjunto de valores y modos de conducta que el niño acabará adoptando. De este modo la identidad social de los niños es como un espejo de la de sus padres, a la vez que la familia queda retratada en la clase de niño que produce.

Por ello, cuando el niño es objeto de crítica, la culpa se achaca a los padres (Makriioti, D., 1994; Qvortrup, J., 1992). Lo anterior no significa que los gobiernos eludan cualquier responsabilidad respecto a los niños, al contrario, con vistas a la prevención, tienen responsabilidades indirectas para promover y mantener las habilidades y capacidades de los padres y de modo subsidiario, responsabilidades directas sobre el bienestar del niño si los padres no atienden debidamente sus obligaciones.

El artículo 27 de la Convención, ya citado, muestra un ejemplo de cómo se produce este juego de responsabilidades. Dice este artículo, en su apartado segundo, que «a los padres u otras personas encargadas del niño les incumbe la responsabilidad primordial de proporcionar, *dentro de sus posibilidades y medios económicos*, las condiciones de vida que sean necesarias para el desarrollo del niño». A continuación, el apartado tercero del mismo artículo, establece: «Los Estados Partes, *de acuerdo con las condiciones nacionales y con arreglo a sus medios*, adoptarán medidas apropiadas para ayudar a los padres y a otras personas responsables por el niño a dar efectividad a este derecho y, *en caso necesario, proporcionarán asistencia material y programas de apoyo*, particularmente con respecto a la *nutrición, el vestuario y la vivienda*» (todos los subrayados son nuestros).

Vemos así cómo, en el primer apartado, se acepta implícitamente que el nivel de vida de los niños puede variar en paralelo con el nivel de vida de sus padres, y que habrá desigualdad entre niños, igual que existe entre adultos. El segundo apartado, lleno de matices, reduce el ámbito de la intervención de los estados a «los casos necesarios» y a los recursos más esenciales para la vida, recogiendo así uno de los rasgos de un modelo residual y asistencialista de bienestar, en el cual, además, no se otorgarán beneficios directamente a los niños como personas individuales, sino al grupo familiar en su conjunto.

Contrasta con esta evanescencia en el papel del Estado, la concreción que ofrecen los artículos referidos a la enseñanza obligatoria que son, precisamente, los dos

siguientes. De este modo, el artículo 28 de la Convención comienza así «Los Estados Partes reconocen el derecho del niño a la educación, y a fin de que se pueda ejercer progresivamente y en condiciones de igualdad de oportunidades ese derecho, *deberán* en particular...» Va quedando así dibujado el pacto vigente respecto al bienestar social de los niños: el Estado, actuando como intérprete y ejecutor de las deseabilidades sociales, establece y vigila el cumplimiento de las obligaciones familiares, las sustituye (excepcionalmente) y las protege (débilmente), a la vez que se ocupa de esa parte de la formación primaria de capital humano que es la escolarización.

El bienestar material de los niños queda ligado, por lo tanto, al potencial económico de sus familias. Como la capacidad de obtener ingresos está relacionada, entre otros factores, con el ciclo vital de los individuos, con su valor en el mercado y, en el caso de grupos familiares, con el número de miembros capaces de aportar recursos económicos, la posibilidad de que los niños se beneficien de mayores o menores rentas familiares estará en función de la edad de sus progenitores, de la preparación profesional de estos, de cuántas personas trabajan en el hogar y, asimismo, del número de personas con quienes tengan que compartir todos los posibles ingresos.

Por todo ello se producen desigualdades, tanto entre hogares como entre individuos, que afectan a las rentas disponibles para unos y otros así como a sus posibilidades de disfrutar de una adecuada calidad de vida. Y, en este punto, hay que convenir en que, «la profunda injusticia en la distribución de la riqueza, un mercado laboral cada vez más restringido y limitado a lo informal y precario, impacta principalmente sobre aquella parte de la población que cuenta con menores recursos» (Scandizzo, G., 2002:146), con el resultado inevitable de una parte importante de la población infantil situada en el límite o por debajo de los niveles que señalan la pobreza y la exclusión social.

La distribución de responsabilidades respecto al bienestar social de los niños también puede ser analizada desde un punto de vista económico. Como ha quedado dicho, en las modernas sociedades, la tarea de criar niños, que cada vez acarrea mayores exigencias, corresponde a la familia, mientras que su educación formal es asumida por el estado. Puesto que el juego de intercambios se realiza en el nivel societal, y no en el intrafamiliar, según se señalaba en la introducción de este apartado, en el balance los resultados menos favorables son para las familias pues, si bien invierten en niños, los beneficios derivados de ello no tienen repercusión en el nivel familiar, sino que se traducen en una más alta cualificación de los futuros productores, que favorece al sistema económico y realiza aportaciones al Estado de Bienestar. Esto significa (Wintersberger, 1994c) que en la sociedad moderna:

- El Estado invierte y recibe
- La economía no invierte pero recibe
- La familia invierte y no recibe

Junto a todas las razones de orden económico hay muchas otras de orden social que configuran y amasan el pacto entre familia y sociedad para el mantenimiento de los menores. El carácter de las relaciones entre padres e hijos supone un fuerte elemento de conservadurismo cultural del que los varones adultos resultan principales beneficiarios. Los principios de autoridad paterna y subordinación a ella de los intereses de esposa e hijos, tienen arraigo en la tradición conservadora y se ven apoyados por olas de puritanismo o de moralismo en diferentes épocas.

La visión liberal, no intervencionista, tiende a considerar a la familia incluida en el ámbito de la esfera privada, lo que verdaderamente garantiza su libertad para la reproducción y socialización de su prole, pero a la vez la excluye, y dificulta el reconocimiento de su contribución al bienestar material de la colectividad.

En el momento presente la familia gana importancia en el modelo neoliberal, que la asigna un amplio grado de responsabilidad en el bienestar de sus miembros, convirtiéndose en la clave de la retracción de las políticas públicas y en la llave para la adquisición de servicios en el mercado. En el lado opuesto (el modelo de bienestar universalista) los distintos servicios y prestaciones tienen por finalidad garantizar la cobertura de necesidades «desde la cuna a la tumba», garantizando a la vez la individualidad y interdependencia de los miembros del grupo familiar (lo que no es óbice para que, también aquí, los niños reciban servicios a través de sus progenitores). Aunque unos y otros modelos tienen repercusiones en la vida de los niños no puede decirse que haya existido hasta ahora un planteamiento que tomara en cuenta específicamente la situación de los menores de edad. Lo que no excluye que ese planteamiento deba ser considerado en adelante, tanto por razones de justicia, como de la propia sostenibilidad de los sistemas de bienestar, como se analizará más adelante.

3.3. La distribución generacional del bienestar

Analizar el bienestar desde una perspectiva generacional contribuye a poner de relieve el lugar de la infancia como grupo social que compite con otros grupos generacionales para acceder a los recursos comunes, teniendo como finalidad la de conseguir intercambios justos y mutuamente satisfactorios. A través de ese análisis se hacen patentes las opciones de preferencia de la sociedad a favor de unos u otros grupos (Gaitán, L., 1999b).

La función distributiva es característica de los Estados de Bienestar, función que se realiza a través de la disposición de una política fiscal que detrae ingresos, los cuales se redistribuyen en forma de transferencias sociales. El objetivo es garantizar la cobertura de necesidades básicas, con la mayor eficiencia económica, haciendo frente a las desigualdades como forma de conseguir una mayor cohesión social. Existen y han sido identificados distintos modelos de bienestar social, que tienen su origen en las peculiaridades históricas, sociales y políticas de cada entorno, las

cuales introducen matices en un consenso básico similar al arriba expresado, dando lugar a diferentes formas de provisión de recursos sociales.

En todo caso, los criterios adoptados para la distribución de los recursos sociales resultan esenciales. Por el momento histórico en el que aparecieron los Estados de Bienestar, los criterios estaban fundamentados en una concepción del varón como sustentador principal, orientándose al mismo la protección en el empleo o las prestaciones sustitutivas de rentas en casos de enfermedad o jubilación. Las familias se consideraban «autoconfiables» debido a la existencia de matrimonios estables y a las excelentes condiciones mercado de trabajo para los hombres.

Cualquier política social comporta un problema de elección y así parece que la opción colectiva se mostró favorable a los adultos varones en su fase activa y en su retiro, garantizando un adecuado nivel de pensiones para ellos. Para las mujeres quedaba el trabajo invisible en el hogar y los subsidios familiares, mientras que los niños aparecen no como titulares sino como receptores de beneficios a través de sus familias.

La aparente desventaja se rompe en el tema de las políticas educativas, concebidas más para cubrir las necesidades presentes (control social) o futuras (reposición de las fuerzas productivas) de la sociedad que de los propios menores. En todo caso, es en torno a estas políticas donde los niños establecen su principal vía de intercambios con la sociedad.

En el resto de las políticas públicas se hacen evidentes las inconsistencias y la fragmentación de aquellas que se dirigen a los niños (Therborn, G., 1993). Si recordamos los componentes de la «cesta de políticas» que componen el sistema del bienestar podemos observar que con bastante frecuencia los beneficios para la infancia se engloban en políticas de familia o se orientan a situaciones de pobreza, desamparo, maltrato o marginalidad, que evidentemente sólo contemplan parcialmente la realidad de la vida de los niños, a la vez que refuerzan su concepción subordinada, haciéndolos visibles sólo cuando pueden ser objeto de protección o de reforma. Pero en todo caso cabe decir que son los servicios de protección, alternativos a la familia, y de resocialización de los menores infractores, los únicos verdaderamente centrados en los niños y aquellos en que la sociedad, a través de los agentes públicos, se hace cargo de los mismos.

En estas situaciones no se pone en duda la legitimidad de la intervención estatal, ofreciendo asistencia o retirando a los niños, cuando se reconoce la incapacidad de la familia para asegurar cuidados, protección y relaciones amorosas a sus hijos. La explicación prevalente de estos incidentes (Makrinioti, D., 1994) está lejos de considerarlos *problemas sociales*, antes bien, tiende a aislarlos y explicarlos en términos de *patologías individuales* (paternidad inadecuada, déficits personales, alteraciones de conducta...) que no afectan globalmente a la ideología familista, ya que tales casos sólo serían excepcionales, marginales.

Todo lo cual, aunque propicia la estigmatización de ciertos grupos, resulta ventajoso para el sistema. Identificando la parte con el todo, las políticas de infancia quedan así resumidas en lo puramente asistencial, paliativo y residual, obviándose la posibilidad de intervenir en el nivel de las estructuras que dan lugar a estas situaciones, y de aplicar políticas auténticamente preventivas que alcancen el bienestar y la calidad de vida de *toda* la infancia.

En la actualidad la estructura del riesgo ha cambiado, deslizándose hacia los jóvenes y las familias con niños, que resultan más afectados por el desempleo y la inestabilidad del mercado de trabajo, mientras que las generaciones mayores están protegidas por los sistemas de pensiones (Esping Andersen, G, 2000). Sin embargo la orientación de las políticas sociales sigue siendo la misma, y ello básicamente por una cuestión de poder de la que carecen los niños. Así, los adultos activos miran por la posibilidad de asegurar su futuro; los mayores, que votan y tienen capacidad así de ejercer presión, defienden sus pensiones. Mientras, la experiencia de ser niño, tener niños o vivir con niños es cada vez más breve, y no cuenta con la posibilidad de una voz y una expresión autónomas.

La cuestión está en si esa opción colectiva de descargar el bienestar material de los niños sobre la familia es la más apropiada o si puede serlo en el futuro y en qué medida el desentendimiento colectivo es responsable del malestar infantil o de la adopción de estrategias familiares individuales. Parece oportuno plantearse el problema social que supone que la infancia, estructura permanente en cualquier sociedad, elemento constitutivo de la misma, al quedar al margen de la consideración global de su funcionamiento, se inhiba también de las metas globales colectivas. Unos niños que saben que dependen en el nivel afectivo y material de sus padres y que son educados para ser autosuficientes, a lo sumo se pueden considerar obligados hacia su familia, pero no responsables del bienestar general. La no identificación con metas colectivas constituye un factor de desintegración social que se traduce en conflicto a la menor oportunidad y cada vez más tempranamente.

Por último, prescindir, ocultar o ignorar que los niños están ahí, contraviene también una razón de justicia, en el sentido esencial de libertades compatibles e intercambios justos, que compondrían una aspiración de sociedad idealmente ordenada, convirtiéndose todo lo que se aleja de ello en fuente de conflictos, grandes o pequeños, y no sólo en el nivel familiar o microsocioal.

3.4. Los desafíos para el bienestar social de los niños

La consideración de los niños como seres vulnerables movió las conciencias hacia la adopción de medidas reformistas destinadas a garantizar un trato adecuado para ellos. El trabajo de los defensores de los derechos de la infancia, sumado a las exigencias derivadas de condiciones políticas y económicas y sociales, dieron lugar al desarrollo de la idea de una infancia moderna cuyos rasgos, ya observables en las sociedades avanzadas (que, con distintos formatos, responden al modelo de

sociedades del bienestar) tienen la factibilidad de penetrar culturalmente en otras sociedades, merced al contexto de mundialización vivido actualmente.

Más todos los cambios generan respuestas que pueden poner en entredicho la situación establecida o mostrar la necesidad de introducir nuevas modificaciones en los modos de pensar o de actuar. Para finalizar este apartado se hará a continuación referencia a los resultados de la aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño, cuando se cumplen más de 15 años de su publicación, así como a los efectos del pacto implícito y de las políticas aplicadas para el bienestar de los niños.

Con posterioridad a la firma de la Convención, la Cumbre Mundial de la Infancia, celebrada en 1990 señaló un conjunto de metas dirigidas a la materialización efectiva y paulatina de los derechos reconocidos en aquella por los así llamados Estados Parte. En la Sesión Especial de la Asamblea General de las Naciones Unidas de mayo de 2002 estos países concluyeron que no se habían alcanzado los objetivos propuestos para la década de los años 90. Se aprobó entonces una declaración y un nuevo plan de acción para los siguientes 10 años, en el cual, bajo el lema «Un mundo apropiado para los niños», los estados se comprometen, en cuatro áreas prioritarias:

- Promoción de una vida sana
- Acceso a una educación de calidad
- Protección a los niños contra malos tratos, explotación y violencia
- Combate contra el VIH/SIDA Se prevé un seguimiento a través de informes anuales y un examen a fondo de la situación en 2007. De otra parte, el Movimiento Mundial a favor de la Infancia (MMI)⁵ ha emitido ya dos informes, concebidos como trabajos de seguimiento independiente, alternativos a los informes realizados por las NN.UU. El segundo de ellos, presentado en mayo de 2004, se refiere a dos aspectos:
 - El cumplimiento por los gobiernos de la meta de integrar los objetivos de la década en Planes Nacionales de Acción para la Infancia
 - Si se está avanzando en la creación de un mundo apropiado para los niños.

Los resultados del informe muestran mayores avances en el primer aspecto que en el segundo. Así, unos países han hecho o están haciendo un plan de acción específico, mientras que otros (los menos adelantados) se han inclinado por incluirlo en sus estrategias de lucha contra la pobreza. Se destaca el creciente grado de participación de niños y jóvenes en el proceso de planificación, y la mayor involucración de los países industrializados en esta meta que la que tuvieron en general en la década anterior, lo que pone de manifiesto que conseguir un mundo apropiado para los niños es tan importante para el Norte como para el Sur.

En las conclusiones de este informe se llama la atención sobre el fallo de los países ricos en brindar los recursos (financieros y de otro tipo) comprometidos. El Norte —se señala— tiene una mayor responsabilidad en cuanto a asegurar que sus polí-

ticas agrícolas, comerciales, de defensa y otras no socavan sus compromisos para con los niños del mundo. A la vez se considera necesario que en el Sur se mejoren los patrones de gasto, en el sentido de dar prioridad en sus presupuestos a los servicios básicos que representan un gran beneficio para los niños y familias pobres. Por fin, de las organizaciones de la sociedad civil se reclama unos mayores niveles de coordinación para evitar la duplicación de esfuerzos y el desperdicio de recursos, y también se espera su contribución a una ética en la que todos seamos responsables de los niños del mundo.

Nos encontramos, en suma, con que las buenas intenciones van más lejos que las acciones reales. No obstante cabe destacar que, aunque los planes no resuelven por sí los problemas de los niños, suponen un grado de compromiso mayor, o deberían suponerlo, especialmente de cara a las clientelas políticas internas de cada país. Es también importante resaltar cómo en las recomendaciones del informe comentado se hace hincapié en la necesidad de cambios estructurales, orientados a la solidaridad.

Con referencia al pacto implícito existente respecto a la provisión material de bienestar para los niños, la descarga de responsabilidad principal en las familias acarrea desigualdad entre niños y también es responsable de la preocupante presencia del grupo infantil en los niveles que quedan por debajo del umbral de pobreza.

Ante la escasez, o la pura ausencia, de transferencias públicas, sea en forma de ayudas económicas o de servicios, las familias optan por adoptar sus propias estrategias, bien reduciendo el número de personas a sostener, bien aumentando el número de los que aportan recursos. No resulta ocioso pensar que la disminución de las tasas de natalidad, o el temprano trabajo de los niños, están en buena medida reflejando la poca importancia (en consideración y en volumen efectivo de recursos aplicados) de las políticas públicas orientadas al bienestar y la calidad de vida de los niños.

Por último cabe recordar que un equilibrio característico de las modernas sociedades de bienestar se basa en presupuestos de solidaridad entre generaciones: son las más jóvenes las que sostienen a las más mayores y, a la vez, garantizan la reposición con nuevos miembros que vendrán, en su día, a mantenerlas a ellas. Mas la disminución en tamaño de las nuevas generaciones y el aumento de personas dependientes en el extremo superior de la pirámide de edades, representa un riesgo claro de que en el futuro no puedan mantenerse esas transferencias. Esta circunstancia se presenta actualmente como una de las principales preocupaciones sobre la sostenibilidad de los Estados de Bienestar, que llegaron a ser llamados bienestar de una sola generación (la que era activa en la segunda posguerra).

Si la naturaleza de los intercambios humanos ya no se basa en obligaciones de padres a hijos y de hijos a padres, sino en la cooperación mutua entre diferentes generaciones que viven juntas en un espacio y tiempo definido, hay que convenir

en que es necesario un pacto entre generaciones, que debería entrar a formar parte de aquella reconstrucción del pacto social a la que se hacía referencia en el primer apartado del presente capítulo, y contemplar una distribución generacional de los recursos sociales más favorable para los niños.

4. Políticas sociales de infancia

Con respecto al bienestar y a los derechos, los niños se encuentran en una posición ambivalente, como en la propia vida: a medias dependientes subordinados y sujetos de derechos, a medias abandonados y protegidos, mimados y maltratados, riqueza y carga para los padres y la sociedad, queridos y temidos a la vez. No es extraño que, dada esta confusa situación de partida, no resulte fácil definir el lugar de los niños en el contexto del bienestar: su aportación al mismo así como también los servicios más adecuados y la forma de recibirlos.

En la teoría del bienestar, quizá la más utilizada tipificación de modelos es la de Gosta Esping-Andersen (1993) que toma como criterios para el análisis: a) el grado de desmercantilización (independencia del mercado que tiene el individuo para satisfacer sus necesidades); b) la pauta de estratificación social que se crea; c) la relación entre estado, mercado y familia en la provisión del bienestar. Se llega así a tres modelos que el autor denomina, más apropiadamente, regímenes o mundos del bienestar.

En el modelo *socialdemócrata*, universalista, la condición de ciudadano es la que hace acreedor de beneficios sociales garantizados por el estado. En el *conservador*, la vinculación viene principalmente de la integración en el mercado de trabajo y de la cotización a los seguros sociales. En el modelo *liberal*, residual, que es el menos intervencionista, las desigualdades sociales se aceptan en tanto se alcancen unos niveles mínimos, solamente cuando las personas o los hogares caigan por debajo de esos niveles, obtendrán ayuda de la sociedad. El papel central lo ocupa el estado en el primero de los regímenes, la familia en el segundo y el mercado en el tercero.

En general, todos los modelos de bienestar social vigentes ignoran a los niños. A pesar de las ventajas relativas que ofrecen algunos de ellos, ninguno garantiza realmente un tratamiento de los niños que corresponda a la letra y al espíritu de la Convención. Aunque tampoco puede decirse que todos sean igualmente inefectivos a la hora de abordar los problemas más graves que les afectan, la pobreza, por ejemplo.

Los estudios transnacionales existentes muestran que las considerables diferencias entre los niveles de pobreza infantil no pueden explicarse sólo por las diferencias referidas a la situación económica y desarrollo general de cada país, sino también por las respectivas políticas sociales y económicas⁶. Así, el modelo socialdemócrata presenta ventajas conceptuales y prácticas, y también algunos países incluidos en el modelo conservador son eficaces a la hora de prevenir y combatir la

pobreza infantil; mientras, ninguno de los estados liberales aparece entre los países que tienen cifras más bajas de pobreza infantil, y, entre los que peores resultados presentan, la mayoría son estados liberales.

Siguiendo la pauta de Esping-Andersen, Anttonen y Sipilä (1997) al estudiar los servicios de atención diaria infantil en el contexto europeo, llegan a distinguir no tres, sino cinco «regímenes» de servicios sociales de atención: 1) El escandinavo, con abundante provisión pública de servicios; 2) El anglosajón, servicios bastante limitados y dirigidos principalmente a casos problemáticos; 3) El tradicional de atención doméstica, con provisión pública muy limitada, importante mercado informal para los estratos más débiles y servicios comerciales privados para los más pudientes; 4) El de subsidiariedad germano-holandés, donde las organizaciones no gubernamentales son proveedoras y la atención infantil está en un nivel muy bajo; 5) El franco-belga de servicios familiares, donde el sistema preescolar para los niños es el más amplio de los analizados.

Manteniéndose las diferencias de tipo ideológico y conceptual, en la actualidad se observa en el contexto europeo cierta convergencia hacia un modelo pluralista, en el que concurren distintos agentes (Estado, mercado, familias, organizaciones no lucrativas) en la producción del bienestar, lo que se presta a distintas combinaciones pero también a matices que lo inclinan bien del lado más residual o bien del universalista y participativo. Este modelo presta más atención al papel y se reconoce la aportación de las familias al bienestar. Por esa vía puede llegar a ser más amigable con las mujeres, y, en consecuencia, tener efectos más beneficiosos en los niños que de momento, no obstante, siguen fuera de juego. Sería deseable que, al menos, su situación fuera una más de las variables a considerar a la hora de pensar en un futuro del bienestar, y más en un periodo de reestructuración como el que observa, que debe interpretarse como un proceso continuo de búsqueda de equilibrio entre individuos, familias, mercados y estados; entre las esferas de producción y de consumo; entre capital y trabajo; entre derechos civiles y responsabilidades.

En tal sentido, y puesto que la Convención reconoce a cualquier niño como un ser humano con sus propios derechos, en este contexto de pluralismo debería considerarse la inclusión de los niños por su propio derecho en el esquema de bienestar y, para ello, hallar la mejor combinación entre las siguientes opciones:

- Respecto a la dimensión: universal/focalizada
- Respecto a la provisión: ayudas/servicios
- Respecto a la equidad: vertical/horizontal
- Respecto al ámbito: local/global

La cobertura universal se apoya en la consideración de que las necesidades humanas son universales y deben estar resueltas de un modo igual para todos. El principio de universalidad es distinto del de gratuidad, puesto que lo que el primero pretende es garantizar la satisfacción de necesidades, sin perjuicio de cuales sean las fuentes de financiación (impuestos generales, cotizaciones, contribuciones personales o

una mezcla de todas ellas). La cobertura focalizada se concentra en segmentos concretos de población o de problemas, y viene justificada por la pertinencia de dirigir unos recursos escasos (siempre escasos) hacia los grupos más necesitados.

Este enfoque, que podría considerarse incluso de discriminación positiva, esconde en el fondo una visión segmentada y residual de las necesidades.

La segunda opción señalada se refiere al cómo, a la forma en la que pueden efectuarse las transferencias públicas, bien como prestaciones económicas, bien como servicios adaptados a cada necesidad. En el caso de transferencias para evitar la pobreza y conseguir el bienestar de los niños, por ejemplo, la alternativa estaría entre exenciones fiscales o subsidios en efectivo, por un lado, y guarderías o escuelas infantiles accesibles y suficientes por otro. O, también en esta ocasión, una combinación de las tres cosas. En todo caso aquí restaría la cuestión de determinar el quién debe ser titular del derecho ¿los padres o madres como cuidadores principales? ¿el niño como ciudadano, aunque pequeño?, la primera posibilidad responde al conocido concepto de «cargas» familiares, la segunda sería un avance en la consideración de los niños en su propio derecho.

La tercera opción guarda relación con los aspectos distributivos del bienestar. En la dimensión vertical se encontrarían aquellas acciones dirigidas a nivelar las diferencias tradicionales entre clases sociales, entre los ricos y los pobres, que condicionan diferencias de partida entre los niños. Cuanto más igualitaria consiga ser una sociedad, en relación a clases sociales, estratos, regiones geográficas, áreas urbanas o rurales, entre otros., menor será la pobreza infantil. En la perspectiva horizontal se situaría la distribución de los beneficios sociales entre generaciones.

En este sentido, como se viene observando, hay una preferencia hacia la generación de los mayores, sostenida por los adultos activos, a la vez que un pequeño grupo de estos (los que tienen hijos menores) sostienen, de modo casi «particular» a la generación infantil. Una distribución generacional del bienestar diferente no trataría tanto de restar preferencia a un grupo, sino de aumentar el grado de responsabilidad colectiva respecto a los niños.

Por último, la opción se refiere a la intervención (no opuesta, sino complementaria) en el ámbito local, es decir, dentro de los países, tratando de lograr, al menos, que el bienestar de los niños sea igual o equivalente al nivel medio de bienestar para toda la población, y en el ámbito global, a través de un ejercicio de responsabilidad de las sociedades que simplifcadamente englobamos en el concepto de Norte y las del Sur, con el fin de abordar la cuestión más relevante cuando se aborda la pobreza infantil como un problema y un fenómeno global.

Bibliografía

- AGATHONOS, H. (1993): *Child protection within the Convention on the Rights of the Child: A Eulogy or a Euphemism?* en BARDY, M. y otros (eds.) *Politics of Childhood and Children at Risk: Provision —Protection— Participation*. European Centre. Viena.
- ANTONEN, A., SIPILÄ, J. (1997): «Cinco regímenes de servicios sociales de atención», en MORENO, M. (comp.) *Unión Europea y Estado de Bienestar*. Madrid, C.S.I.C.
- ARIES, P. (1985): *El niño y la vida familiar en el Antiguo Régimen*. Madrid, Taurus.
- BARDY, M. et alii (1993) (eds.): *Politics of Childhood and Children at Risk. Provision-Protection-Participation*. Viena, European Centre.
- BERGER, P. y LUCKMAN, T. (1978) *La construcción social de la realidad*. Amorrortu, Buenos Aires.
- ENNEW, J. (1993): *Childhood as a Social Phenomenon. National Report England and Wales*. Eurososial Report 36/16.
- ESPING-ANDERSEN, G. (1993): *Los tres mundos del Estado del Bienestar*. Valencia, Ediciones Alfons el Magnànim.
- ESPING-ANDERSEN, G. (2000): *Fundamentos sociales de las economías industriales*. Barcelona, Ariel.
- FRØNES, I. (1994): *Dimensions of Childhood*, en QVORTRUP, J. y otros (eds.) *Childhood Matters*. Aldershot, Avebury.
- GAITÁN, L. (1999a): *El espacio social de la infancia. Los niños en el Estado del Bienestar*. Madrid, Comunidad de Madrid.
- GAITÁN, L. (1999b) *Bienestar social e infancia: La distribución generacional de los recursos sociales*. Intervención Psicosocial, vol. 8, núm. 3.
- GARDE, J. A. (1999) (ed.): *Políticas sociales y Estado de bienestar en España*. Madrid, FUHEM/Trotta.
- HIRSCHMAN, A. O. (1994): *Retóricas de la intransigencia*. México, F.C.E.
- I.O.E. (1989): *Infancia moderna y desigualdad social*. Revista Documentación Social núm 74

- KRIEKEN, R. (1992): *La formación de los sistemas de bienestar infantil entre 1890 y 1940*, Anuario de Psicología núm. 53.
- MAKRINIOTI, D. (1994): «Conceptualization of Childhood in a Welfare State: a critical reappraisal», en QVORTRUP, J. y otros (eds.): *Childhood Matters*. Aldershot, Avebury.
- MARSHALL, T. H., BOTTOMORE, T. (1992): *Citizenship and Social class*. Londres, Pluto Press.
- MAUSE, L.I. (1982): *Historia de la infancia*. Madrid, Alianza Universidad.
- MAYALL, B. y ZEIHNER, H. (2003): *Childhood in generational perspective*. Londres, Institute of Education.
- O'NEILL, J. (1992): *Embodiment and Child development* en JENKS, C. (ed.) *The Sociology of Childhood*. Aldershot, Gregg Revivals.
- PILOTTI, F. J. (1999): *The historical development of the Child Welfare System in Latin America*. *Childhood*, vol. 6, num. 4.
- QVORTRUP, J. (1990): *Childhood as a Social Phenomenon. An Introduction to a Series of National Reports*. Eurosocial Report 36. Viena, Centro Europeo.
- QVORTRUP, J. (1994): *Childhood Matters. An Introduction*, en QVORTRUP y otros (eds.) *Childhood Matters*. Aldershot, Avebury.
- RECKNAGEL, A. (2002): *Déficits Socio-Culturales de la Convención de los Derechos del Niño*. NATs, año V, núm. 9.
- RODRÍGUEZ CABRERO, G. (2000): «La economía política de las organizaciones no lucrativas». *Economistas* núm. 83.
- RODRÍGUEZ CABRERO, G. (2002): *Tendencias de cambio en política social* en RODRÍGUEZ, G. y SOTELSEK, D. (eds.) *Apuntes sobre bienestar social*. Madrid, Universidad de Alcalá.
- SAPORITI, A. y SGRITTA, G. (1990): *Childhood as a Social Phenomenon. National Report. Italy*. Eurosocial Report 36/2. Viena, Centro Europeo.
- SCANDIZZO, G. (2002): *Chicos en situación de calle* en EROLES, C.; FAZZIO, A. y SCANDIZZO, G. *Políticas públicas para la infancia. Una mirada desde los derechos*. Buenos Aires, Espacio Editorial.

THERNBORN, G. (1993): «Los derechos de los niños desde la constitución del concepto moderno de menor: un estudio comparado de los países occidentales», en MORENO, L. (comp.) *Intercambio social y desarrollo del Bienestar*. Madrid. C.S.I.C.

WINTERSBERGER, H. (1994a): *La infancia moderna*, en *Investigación y políticas de infancia en Europa en los años 90*. Madrid, M° de Asuntos Sociales.

WINTERSBERGER, H. (1994b): *Los niños y la sociedad*. Materiales de Trabajo núm. 24. M° de Asuntos Sociales. Madrid.

WINTERSBERGER, H. (1994c): *Cost and Benefits – The Economics of Childhood* en QVORTRUP, J. y otros (eds.) *Childhood Matters*. Aldershot, Avebury.

Cómo analizar una sentencia penal

Manuel Atienza²⁷¹

1. Una sentencia es un documento estructurado en una cierta forma, como puede verse con la de la Audiencia provincial de Sevilla en el caso Farruquito: comienza con un encabezamiento en donde figuran ciertos datos que identifican el documento (tipo de sentencia, magistrado o magistrados que la dictan, fecha, entre otros.); sigue luego un relato de los hechos, en donde cabe distinguir entre los hechos propiamente del caso (hechos probados) y los hechos del proceso a los que el caso ha dado lugar (antecedentes procesales o antecedentes de hecho: aquí lo serían el dictado de una previa sentencia, la interposición de un recurso contra la misma, entre otros.) y una indicación de cuáles son las normas aplicables y de cómo deben entenderse éstas (fundamentos de Derecho); y termina con un fallo que contiene una decisión al problema planteado y que puede ser más o menos compleja (en nuestro caso: “desestimamos...”, “ratificamos...”, “condenamos...”, entre otros.).

Esa estructura no es caprichosa, sino que obedece a una razón lógica, de tal manera que esos mismos elementos pueden encontrarse también en sistemas jurídicos (como los del *common law*) en los que el estilo judicial es más libre, esto es, los jueces no tienen la obligación de seguir un determinado formato en la redacción de sus sentencias. La explicación es como sigue: Una sentencia no es simplemente una decisión que resuelve un problema jurídico, sino una decisión justificada, motivada. Motivar una decisión significa construir un razonamiento que pueda verse como la justificación de la decisión; o sea, no que *explique* por qué se tomó esa decisión (cuáles son los factores de tipo psicológico, sociológico, ideológico, entre otros. que puedan considerarse como la causa –los “motivos”, en uno de los sentidos de esa expresión- de la misma), sino que muestre las *razones* (los “motivos” en otro sentido de la expresión) que permitan considerar la decisión en cuestión como algo aceptable, *justificado*. Pues bien, el razonamiento que justifica la decisión (por ejemplo: “condenamos a X a la pena P”) concluye necesariamente con un enunciado de deber, esto es, con una norma aunque sea particular y concreta (“debemos condenar a X a la pena P”), y para arribar a esa norma se necesita partir, como premisas, de un enunciado de tipo fáctico y de carácter individual (“X ha realizado una acción del tipo A”) y un enunciado normativo y universal (“Quien realice una acción del tipo A debe ser condenado con la pena P”). Obsérvese que se ha hecho una distinción entre el deber de tomar una decisión (“debemos condenar...”) y la toma de la decisión (“condenamos...”). Esa distinción es

271. Este artículo fue facilitado por el autor para el Consejo Nacional de la Judicatura de El Salvador, durante el encuentro del Programa Iberoamericano de formación técnica especializada (PIFTE) desarrollado en la Escuela Judicial de Barcelona mediante el curso “Reflexiones sobre Jueces en Iberoamérica” del 9 al 19 de junio de 2008.

conceptualmente importante, pero desde un punto de vista práctico no es tan relevante (de ahí que muchas veces se pase por alto), porque sería contradictorio (aunque no desde una perspectiva lógica en sentido estricto, sino más bien pragmática) concluir un razonamiento con un “debemos condenar” y, sin embargo, no tomar la decisión de condenar. Simplificando: los jueces sólo pueden justificar sus decisiones si parten, en sus razonamientos, de premisas fácticas y normativas de la forma apropiada.

Esto último es, precisamente, lo que viene a decir la conocida teoría del silogismo judicial o subsuntivo, que no es –como a veces se supone– una teoría falsa o equivocada acerca de las sentencias judiciales, sino simplemente una teoría parcial. Pone de manifiesto uno de los requisitos que debe cumplir un razonamiento judicial que pretenda justificar una decisión. Pero lo que ocurre es que además de ese requisito formal, lógico en sentido estricto, la justificación en sentido pleno de una decisión judicial supone cumplir con otros requisitos de carácter material (las razones contenidas en las premisas tienen que ser “buenas” razones) y de carácter pragmático (el razonamiento tiene que resultar persuasivo, debería poder convencer si no a todos, al menos a todos los que se aproximen al mismo con una actitud imparcial y posean un conocimiento adecuado de todos los elementos fácticos y normativos del caso).

2. Analizar una sentencia significa entonces señalar cuáles son sus elementos integrantes y cómo se relacionan éstos entre sí. Con lo dicho anteriormente tenemos ya una idea al respecto, aunque todavía muy abstracta y simplificada. La sentencia del caso Farruquito reviste una considerable complejidad, no sólo por la diversidad de problemas fácticos y normativos (referidos a las normas sustantivas y procesales) que ahí se discuten, sino también porque en la misma se enjuicia una variedad de conductas llevadas a cabo por diversos sujetos. Pero si delimitamos uno de esos problemas, el que se refiere a la posible comisión por parte de J.M.F.M. (Farruquito) de un delito de homicidio por imprudencia grave, la decisión de condenarle a una pena comprendida entre uno y cuatro años de prisión (dejemos de lado, para simplificar, las penas accesorias) se justificaría con un argumento de esta forma:
 - a. El que por imprudencia grave causare la muerte de otro, será castigado con prisión de uno a cuatro años.
 - b. J.M.F.M. causó, mediando imprudencia grave, la muerte de B.O.
 - c. Por lo tanto, J.M.F.M. debe ser condenado con prisión de uno a cuatro años.

Y otro tanto podría hacerse en relación con los otros problemas: la condena al mismo J.M.F.M. por un delito de omisión del deber de socorro; por su participación como inductor de un delito de simulación de delito, entre otros.

Esa estructura es omnipresente en todas las sentencias (penales o no) por las razones lógicas antes indicadas, pero parece también claro que el razonamiento justificativo que lleva a cabo un juez (como el que se contiene en la sentencia del caso Farruquito) no se limita ni mucho menos a efectuar esa simple deducción. Como antes decía, el fallo contiene un conjunto de decisiones (una decisión compleja) y la justificación de cada una de ellas da lugar a numerosos argumentos que, además, no son entre sí independientes: la conclusión de uno de ellos puede servir al mismo tiempo como premisa de otro, entre otros. Partamos entonces de un pequeño fragmento de esa argumentación, la que se refiere al delito de homicidio por imprudencia grave y que, fundamentalmente, se encuentra expuesta en los fundamentos noveno, décimo y undécimo de la sentencia. En forma algo esquemática (añadiendo alguna premisa que en la sentencia está implícita y eliminando otras más o menos accesorias) el argumento vendría a ser el siguiente:

1. El que por imprudencia grave causare la muerte de otro, será castigado con la pena de prisión de uno a cuatro años.
2. La imprudencia es grave cuando se han incumplido normas indispensables y elementales de cuidado.
3. La conducta de JMFM supuso el incumplimiento de esas normas porque:
 - 3.1. Dadas las características del lugar del atropello, cualquier conductor atento hubiese percibido la situación de peligro (y hubiese evitado el accidente que causó la muerte de B.O.);
 - 3.2. J.M.F.M. conducía sin prestar atención a las incidencias del tráfico (como lo prueba el hecho de que no se diera cuenta de que existía una limitación de velocidad –que incumplió– y un paso de peatones);
 - 3.3. J.M.F.M. carecía de permiso de conducir;
 - 3.4. J.M.F.M. atropelló a B.O. inmediatamente después de haberse saltado un semáforo en rojo y haber adelantado a dos vehículos parados ante dicho semáforo;
 - 3.5. La velocidad a la que conducía era sensiblemente superior a la máxima autorizada (40 Km/ h);
 - 3.6. Al ocurrir el atropello, J.M.F.M. estaba cansado;
 - 3.7. El atropello se produjo en un paso de cebra;

- 3.8. La conducción de J.M.F.M es un caso de imprudencia grave (se infiere a partir de 2 y 3).
4. La conducción de J.M.F.M. es la causa exclusiva del atropello y muerte de B.O.
5. Por lo tanto, J.M.F.M. debe ser castigado con la pena de prisión de uno a cuatro años.

Si se compara con el razonamiento anterior, es fácil darse cuenta de que la diferencia consiste simplemente en que este último viene a ser un desarrollo de aquel. Más exactamente, la premisa mayor o normativa y la conclusión son las mismas (A es igual a 1 y C a 5), y la única diferencia está en la premisa fáctica o menor: la conjunción de 3' y 4 es estrictamente equivalente a B, pero a 3' se llega a partir de 3 y a 3, a su vez, a partir de una serie de premisas (3.1-3.7).

Ahora bien, el anterior esquema no da cuenta todavía de toda la argumentación contenida en la sentencia, por dos razones. Una es que la decisión del tribunal no fue la de condenar a J.M.F.M. (por ese delito) a la pena de prisión de uno a cuatro años sino, exactamente, a la de dos años de prisión. Y la otra razón es que 3.1 a 3.7 no son, cabría decir, las premisas últimas del razonamiento de la Audiencia. O sea, el anterior esquema ha de prolongarse (si se quiere dar cuenta de la argumentación que ofrece la sentencia en este aspecto) hacia adelante y hacia atrás

Hacia adelante. El paso desde la premisa 5 a la condena a 2 años de prisión puede expresarse en dos razonamientos encadenados que cabe esquematizar así:

5. J.M.F.M debe ser castigado con la pena de prisión de uno a cuatro años.
- 5a1 Si concurre una circunstancia atenuante, la pena ha de ser impuesta en su mitad inferior.
- 5a2 En el caso concurre una atenuante analógica de confesión.
- 5a3 La mitad inferior de la pena es de 1 año a 2 años y medio.
- 5a Por lo tanto, J.M.F.M. debe ser condenado a una pena de 1 año a 2 años y medio.
- 5b1 La determinación concreta de la pena debe hacerse teniendo en cuenta la gravedad de los hechos.
- 5b2 Los hechos son de considerable gravedad.

5b. Por lo tanto, J.M.F.M debe ser condenado a 2 años de prisión.

Y hacia atrás. Por ejemplo, 3.2 se apoya fundamentalmente (según los magistrados) en una nueva premisa:

3.2.1 J.M.F.M. reconoció en el juicio oral que no se dio cuenta de la existencia de una limitación de velocidad.

Pero la validez de esta última premisa depende, a su vez, de una argumentación compleja que los magistrados desarrollan en los fundamentos jurídicos primero a octavo. El problema que ahí se discute es doble. Por un lado, el de si la intervención telefónica que permitió a la policía descubrir que el autor de los hechos (el conductor del vehículo) había sido J.M.F.M. y no un hermano -menor de edad- de éste, había o no vulnerado derechos y libertades fundamentales y, en consecuencia, debía declararse nula de pleno Derecho. El tribunal (mediante una argumentación que omito en aras de la simplificación) llega a la conclusión de que sí, pero se plantea un segundo problema: el de cómo debe interpretarse el alcance de esa nulidad (el art. 11.1 de la LOPJ establece que “no surtirán efecto las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales”). Aquí, apoyándose básicamente en la doctrina mayoritaria del Tribunal Supremo, llega a la conclusión de que la nulidad afecta a las pruebas que tienen una conexión de antijuridicidad con la prueba declarada nula, pero no afecta a las pruebas que tienen una conexión natural, pero no de antijuridicidad, con la prueba declarada nula. De manera que el argumento que concluye afirmando que la declaración en el pleno oral de J.M.F.M. no está afectada por nulidad podría esquematizarse así:

- 3.2.1.1.1 La nulidad afecta a las pruebas que tienen una conexión de antijuridicidad con la prueba declarada nula, pero no a las que tienen una conexión meramente natural.
- 3.2.1.1.2 La intervención telefónica es una prueba nula.
- 3.2.1.1.3 La nulidad de esa prueba se transfiere únicamente a las que tienen una conexión de antijuridicidad con ella.
- 3.2.1.1.4 La declaración en el juicio oral de J.M.F.M. tiene una conexión de causalidad con la intervención telefónica (de no haber existido la escucha telefónica, no se habría celebrado el juicio contra J.M.F.M.), pero no de antijuridicidad
- 3.2.1.1 Por lo tanto, la declaración en el juicio oral de J.M.F.M. no está afectada por nulidad.

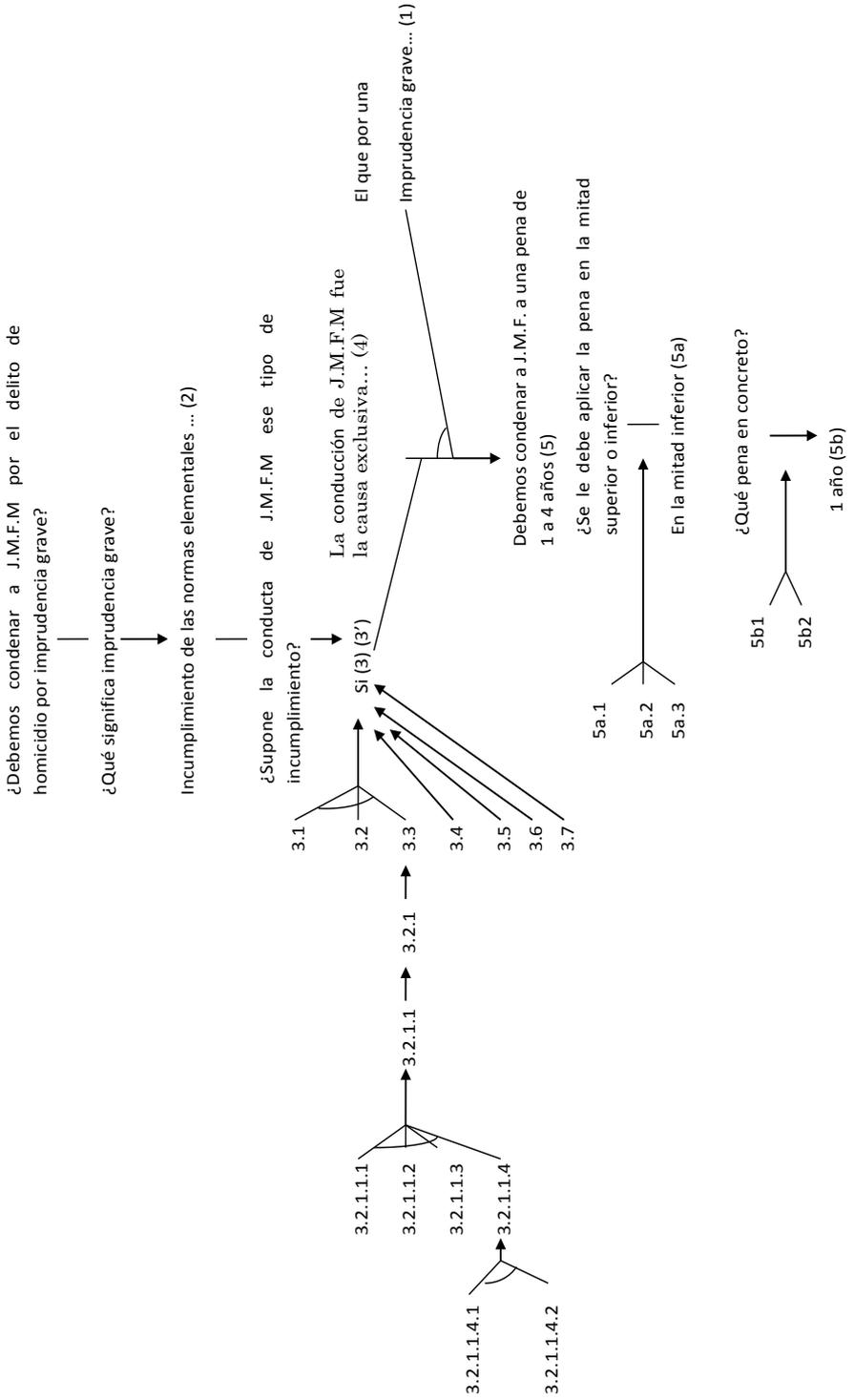
Finalmente, en favor de la premisa 3.2.1.1.4 (de que no hay una conexión de antijuridicidad), el tribunal parece aducir dos nuevas premisas:

3.2.1.1.4.1 Si la confesión ha tenido lugar de modo independiente y libre de cualquier sugestión derivada del resultado de pruebas nulas, entonces la confesión no tiene una relación de antijuridicidad con la prueba nula.

3.2.1.1.4.2 La confesión de J.M.F.M. en el juicio oral ha cumplido los anteriores requisitos.

3. Si utilizamos un diagrama de flechas para representar los argumentos, todo lo anterior podría plasmarse en el siguiente esquema:

Ahora bien, la argumentación del tribunal se puede entender mejor si tratamos de captar no sólo el resultado de la misma, la sucesión de enunciados (de premisas y de conclusión) con la conexión entre ambos (la relación de inferencia, en el esquema representada por una flecha); sino también la actividad misma de argumentar, esto es, el proceso que va desde el planteamiento de un problema (en el ejemplo, si se debe condenar a J.M.F.M. por homicidio por imprudencia grave y a qué pena) hasta la respuesta al mismo. La argumentación aparece así como un acto de habla complejo en el que aparecen preguntas, afirmaciones, entre otros. y las razones que se han dado (que justifican) esa sucesión de actos lingüísticos (argumentar es algo que tiene lugar en el lenguaje). Completado de esa manera, el esquema vendría a ser el siguiente:



3. Todo lo anterior no pretende otra cosa que ofrecer un método de análisis de una sentencia (de una argumentación jurídica), pero un método puramente formal. Permite identificar cuáles son los diversos problemas que han hecho surgir la necesidad de argumentar (el problema de determinar qué ha de entenderse por “imprudencia grave”, el de si –de acuerdo con esa interpretación- la conducta de J.M.F.M. puede calificarse o no de esa manera...), cada uno de los argumentos utilizados (representados por un número o una sucesión de números y letras) y cómo están conectados entre sí (la flecha podría leerse como “es una razón en favor de...”; cuando hay varios segmentos de flecha unidos por un arco, eso significa que las razones están unidas conjuntivamente, o sea, que lo que permite pasar, por ejemplo, de 3.2.1.1.4.1 y 3.2.1.1.4.2 a 3.2.1.1.4 es el conjunto de los dos primeros enunciados, no cada uno de ellos por separado). En ese sentido, este tipo de análisis es un buen punto de partida (en general, un punto de partida indispensable) para evaluar una argumentación (una sentencia) y, eventualmente, para producir una nueva argumentación sobre la misma (por ejemplo, para plantear un recurso –por parte de un abogado-, para revisarla –por parte de un juez superior- o para comentarla –en una clase práctica de Derecho).

No es cosa de efectuar aquí un análisis de ese tipo (no era ese el objetivo de este pequeño trabajo), pero no puedo resistir la tentación de hacer algunos comentarios a la sentencia.

El primero consiste en mostrar mi admiración por la misma. La sentencia es de una calidad (diríamos, una calidad técnica) muy superior a lo que es habitual encontrar entre nuestros jueces y tribunales (para comprobarlo, basta simplemente con observar la diferencia –en términos meramente lógicos y gramaticales- entre el relato de hechos probados de la sentencia recurrida y de la Audiencia). Hay una extraordinaria exigencia en su redacción que se advierte en el afán por no dejar cabos sueltos, lo que se traduce en una argumentación clara en la que todos los pasos están señalados (no hay premisas implícitas, más allá de las que podrían considerarse como de contenido puramente trivial). Este es un aspecto muy importante en relación con lo anterior: el análisis formal, lógico, de una argumentación (de una motivación) permite detectar cuáles son las premisas que sería necesario afirmar para llegar a la conclusión y que muchas veces están eludidas por quien argumenta. Pero, como digo, no es el caso de esta sentencia. Incluso cabría decir que es superabundante, innecesariamente larga, por ejemplo, al recoger los criterios jurisprudenciales sobre los diferentes problemas tratados. Es también muy de encomiar el esfuerzo analítico de separar bien cada uno de los hechos y de los fundamentos de Derecho, sin recurrir a esas “apreciaciones de conjunto” que, en realidad (cuando no van acompañadas de un previo análisis pormenorizado de cada uno de los elementos del conjunto), no son otra cosa que maniobras de ocultación, de evitación de una tarea – la de motivar- que siempre es costosa.

El segundo y último comentario se refiere al aspecto que me parece más discutible de la argumentación y al que el tribunal presta también una mayor atención: el problema procesal de si la nulidad de las escuchas telefónicas afecta o no a la confesión en el juicio oral (en el esquema se ve también con gran claridad que ese es el punto neurálgico de la argumentación). La verdad es que la doctrina jurisprudencial de la “conexión de antijuridicidad” reviste una considerable oscuridad. La impresión que uno tiene es que el Tribunal Supremo fue, en alguna de sus sentencias, demasiado lejos en cuanto a las consecuencias que, en términos de nulidad, atribuyó al principio de prueba prohibida y, en ese sentido, algo había que hacer para evitar que, en aplicación de esa doctrina, se produjeran impunidades que no resultan fáciles de aceptar (ni de justificar). Pero el remedio, en muchos casos, quizás pudiese consistir en utilizar criterios menos formalistas a la hora de decretar, por ejemplo, la nulidad de una escucha telefónica; no se ve que tenga demasiado sentido que un comportamiento simplemente algo descuidado por parte de la policía o del juez que debe autorizar –y justificar– la escucha deba llevar sin más a esa declaración de nulidad, si no se ha producido un atentado que pueda considerarse de alguna gravedad a la intimidad de las personas; o sea, no se ve por qué haya que excluir aquí la posibilidad de que el juez proceda a llevar a cabo una ponderación. Si se hubiese seguido esa vía, se habría evitado el extremo de la sentencia que a mí me parece menos convincente. En efecto, la Audiencia absuelve a B.R.M. y a J. M. A. H. de los delitos de encubrimiento y de simulación de delito porque (fundamento décimo octavo), dado que éstos se negaron a declarar en el juicio oral y que lo conocido a través de la conversación telefónica no puede ser tenido en cuenta, no existe prueba de cargo contra ellos. Pero de ahí se infiere que tampoco se habría condenado a J.M.F.M. si éste hubiese decidido (en el uso de su derecho) no declarar en el juicio oral (obsérvese, en el esquema, el valor determinante de la confesión). Y eso da a la motivación de la decisión (una decisión justa) un aire de artificiosidad que, como digo, hubiese sido mejor evitar.

Como ejercicio para los estudiantes (que aprenderán mucho de la lectura cuidadosa de esta sentencia), propongo que hagan un esquema (siguiendo el modelo expuesto) de la argumentación de la Audiencia en relación con el delito de omisión del deber de socorro.

La pena: función y presupuestos

Iván Meini

SUMARIO

I. Planteamiento.— II. Justificación Absoluta De La Pena.— II.1. Expiación.— II.2. Retribución.— III. Justificación de la Pena en Atención a sus Fines.— III.1. Prevención Especial.— III.2. Prevención General Negativa.— III.3. Prevención General Positiva.— IV. Teoría de la Diferenciación.— V. Teorías de la Unión.— VI. Toma de Postura.— VII. Función y fines de las Medidas de Seguridad.— VII.1. El modelo Dualista y las Medidas de Seguridad.— VII.2. Cuestionamiento de la Prevención especial como fundamento de las Medidas de Seguridad. Su naturaleza sancionadora y su utilidad frente al Déficit de «Socialización Penal».— VII.3. Imputabilidad e Inimputabilidad. VII.4. La Cuestión Terminológica y la Apuesta por el Sistema Unitario.

RESUMEN

La legitimación de la sanción penal se deriva de los fines que persigue en un Estado de derecho. Dicha legitimación debe abarcar tanto a la pena como a la medida de seguridad, y tener en cuenta que tanto la pena como la medida de seguridad se imponen a quien infringe una norma de conducta y, por tanto, a quien tiene capacidad para infringirla.

Esto presupone revisar el concepto de capacidad penal o imputabilidad, pues si imputabilidad es capacidad para comprender la realidad y adecuar el comportamiento a dicha comprensión, y toda sanción penal legítima ha de imponerse a quien tiene dicha capacidad, también las medidas de seguridad han de ser impuestas solo a imputables. Los verdaderos inimputables son aquellos que están al margen del derecho penal y a quienes resulta ilegítimo imponer alguna sanción. En esta línea, la imputabilidad ha de ser vista no solo como presupuesto del delito, sino como presupuesto de cualquier diálogo que tenga el Estado con el ciudadano con respecto al delito, al proceso y a la ejecución de la pena.

PALABRAS CLAVE: legitimación de la pena – sanción penal – medida de seguridad – prevención general – prevención especial – retribución – doble vía – culpabilidad – capacidad penal – imputabilidad – inimputabilidad

I. Planteamiento

1. El monopolio estatal de la actividad punitiva (art. 139.1 Const.) obliga a ensayar un discurso legitimador que solo puede construirse a partir de la racio-

nalidad de la pena²⁷². La racionalidad de la pena depende de su coherencia con los elementos del sistema penal que le anteceden en su actuación. Por tanto, la función de la pena estatal habrá de sintonizar con la función de la norma de conducta, y sobre todo, con el fin último del derecho penal, a saber, proteger la libertad de actuación de las personas como presupuesto para el libre desarrollo de la personalidad de todos por igual.

Un discurso legitimador de la pena que asuma este planteamiento como punto de partida soportará luego ser confrontado con las consecuencias *jurídicas* que genera la aplicación de la pena. Las consecuencias *naturales* de la pena, como la ausencia del condenado del seno familiar o el placer que experimenta la víctima cuando se condena a su agresor²⁷³, quedan al margen del análisis. En la legitimación de la pena debe discutirse únicamente si, cómo y en qué medida la pena puede repercutir favorablemente en el aseguramiento de la libertad jurídica y en el funcionamiento del propio sistema jurídico.

La libertad jurídica a la que se hace referencia no debe entenderse como la libertad *formal* que se deriva y desprende de las instituciones legales, pues con ello se corre el riesgo de obviar los graves defectos estructurales del poder punitivo que hacen de él un sistema arbitrario y selectivo. La libertad de actuación que la sanción estatal reivindica es la que se deriva de los valores ético-sociales que guían la convivencia pacífica de las personas, o, dicho en otras palabras, los valores que permiten que todas las personas por igual diseñen su proyecto de vida y desarrollen libremente su personalidad.

2. El enfoque descrito asume como premisa que en la legitimación de la pena debe reivindicarse su naturaleza social, esto es, la necesidad de la sociedad de que se imponga una sanción en el caso concreto²⁷⁴, y no limitarse el análisis a la relación entre el infractor que la padece y el Estado que la aplica. Así como la libertad jurídicamente garantizada que delimita la norma de conducta no es solo un vínculo entre el destinatario de la norma y el Estado, sino que enlaza a todos los ciudadanos entre sí y con el Estado —pues se trata de respetar la libertad de actuación del otro como se pretende que la de uno sea respetada—, así también la aplicación de la pena exige que se constate una *necesidad social* como presupuesto adicional a la vulneración de la norma de conducta. De ahí que, por ejemplo, el paso del tiempo atenúe o haga desaparecer la necesidad

272. RUDOLPHI, Hans Joachim. En *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, previo al § 1 n.m. 1; FREUND, Georg. *Strafrecht, Allgemeiner Teil. Personale Straftatlehre*. Heidelberg: Springer-Verlag, 1998, § 1 n.m. 1; KÖHLER, Michael. *Strafrecht. Allgemeiner Teil*. Berlín: Springer, 1997, p. 37 y ss.

273. A no ser que se quiera fundamentar la pena en el sentimiento de venganza.

274. Así también, SCHMIDHÄUSER, Eberhard. *Vom Sinn der Strafe*, 2. Aufl., Göttingen: Vandenhoeck & Ruprecht, 1971, p. 87 y ss. Que la acción penal sea normalmente pública es una muestra de lo que se dice, A tal punto que podría plantearse seriamente si los infracciones cuya acción penal es privada (p.ej., injurias) deben mantenerse como delitos o ser consideradas infracciones civiles para las cuales, dada su escasa gravedad que se representa en la falta de legitimidad de terceros para emplazar al Estado a su juzgamiento, existirían otras medidas, no represivas, más idóneas, como la responsabilidad por daño extracontractual.

social de pena (prescripción), o que esta decaiga en casos de bagatela si el infractor repara el daño (principio de oportunidad).

3. En la legitimación de la pena no puede limitarse a una modalidad de pena en concreto. Debe tenerse presente la totalidad del arsenal punitivo. Este aspecto suele pasar desapercibido, como lo demuestra el hecho de que la discusión sobre la pena, una vez superada la pena de muerte, gire en torno a los fines de la pena privativa de libertad, y solo en ocasiones excepcionales se incluyan otras penas, como la restrictiva de libertad, limitativa de derechos y multa. Un análisis que no tenga en cuenta este detalle no podrá justificar la pena como institución jurídica. Lejos de ello, correrá el riesgo de encasillar los comportamientos merecedores de pena como comportamientos merecedores de pena privativa de libertad.

Que las teorías de la pena se hayan preocupado casi en exclusiva de la pena de prisión y hayan desatendido al resto de modalidades de pena indica, además, que la discusión sobre la legitimación de la pena se ha centrado en la legitimación de la *ejecución de la pena de prisión*. La doctrina mayoritaria entiende que la pena solo podrá legitimarse si su ejecución es compatible con los estándares de un Estado de derecho. Ello es tan correcto como insuficiente: no solo la ejecución de la pena, sino también su previsión como pena abstracta en los tipos penales y su individualización judicial debe estar sometida a los fines que se identifiquen como propios de la pena en cada una de esas etapas. Cuestión distinta es si para la legitimación de la pena como institución jurídica interesan por igual estas tres etapas (tipificación, individualización y ejecución), o si por el contrario alguna de ellas cobra especial importancia en función de la modalidad de pena que se trate. En lo que aquí interesa, la legitimación de la pena como institución jurídica depende de que sea una reacción *necesaria, idónea y proporcional* frente al delito cometido, con independencia de su concreta modalidad²⁷⁵.

4. De lo anterior se sigue que la intensidad afflictiva de los distintos tipos de pena debe ser directamente proporcional al reproche ético-social que exprese cada una de ellas²⁷⁶. Así lo exige el principio de proporcionalidad. Y por eso no resulta extraño que algunos autores postulen un derecho penal de dos velocidades y reserven la pena de prisión y las garantías propias del derecho penal para las infracciones más graves, y propongan enfrentar las infracciones más

275. FRISCH, Wolfgang. *Comportamiento típico e imputación del resultado*. Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González (trads.). Madrid: Marcial Pons, 2004, pp. 54 y ss.; FREUND, Georg. Ob. cit., § n.m. 18 ss. En extenso, FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. Séptima edición. Perfecto Andrés Ibáñez, Antonio Baylos, Juan Terradillos y Juan Ramón Cantarero (trads.). Madrid: Trotta, 2005, pp. 353 y ss. El análisis de la necesidad, idoneidad y proporcionalidad de la pena para evitar el comportamiento típico no pertenece al análisis de legitimación de la pena sino al de la norma penal, pues ahí se determina si desde una perspectiva *ex ante* el comportamiento que prohíbe la norma de conducta merece pena.

276. No es lo mismo una pena de vigilancia electrónica personal (artículo 29-A CP), una prestación de servicios a la comunidad (artículo 34 CP) o una inhabilitación (artículo 36 CP), que una pena privativa de libertad.

leves con penas distintas de la prisión y la flexibilización de los criterios de imputación de responsabilidad penal²⁷⁷. Podría también pensarse en detraer del derecho penal las infracciones leves que no justifican una privación de la libertad y considerarlas como infracciones administrativas.

Sin embargo, no parece adecuado prescindir de la posibilidad de utilizar penas de distinta naturaleza y gravedad. La diversidad del arsenal punitivo permitirá reacciones idóneas y proporcionales a la naturaleza y gravedad de la infracción, y a las necesidades sociales existentes al momento de la condena. En todo caso, las infracciones que se reprimen con penas leves deben ser sometidas a un permanente análisis que garantice que superan el mínimo de lesividad que legitima la intervención del derecho penal²⁷⁸.

II. Justificación absoluta de la pena

1. Para las teorías absolutas, la pena retribuye o expía la culpabilidad del autor²⁷⁹. En la literatura científica se suele calificar a las teorías absolutas como teorías retributivas, por entenderse que no buscan prevenir la comisión de delitos. La pena se desvincularía de su efecto social y se trataría de una simple retribución por un mal (delito) causado. Así entendidas (lat. *absolutus* = desvinculado²⁸⁰), las teorías absolutas no serían teorías sobre los fines de la pena sino teorías penales²⁸¹. Ello es de recibo siempre y cuando el término «fin» se entienda como utilidad social derivada de la imposición de la pena, ya que incluso la pena concebida como retribución de la culpabilidad cumple la función de restablecer el orden jurídico y de realizar justicia²⁸².
2. Las teorías absolutas no rechazan la posibilidad de que la pena esté en condiciones de alcanzar algún fin reparador, resocializador o de neutralización de

277. SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *La expansión del derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. Montevideo/Buenos Aires: B de F, 2006, p. 178 ss.

278. Esto adquiere relevancia si se recuerda que algunas penas distintas de la pena privativa de libertad encuentran su razón de ser en ser alternativas a ella. Sucede así con la pena de prestación de servicios a la comunidad (cfr.) pero ello no logra solapar que no sea seguro que la gravedad de una infracción penal que solo se castiga con prestación de servicios a la comunidad justifique su manutención como delito. En detalle, infra

279. ROXIN, Claus. *Derecho Penal. Parte General*. Tercera edición. Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal (trads.). Madrid: Civitas, 2007, § 3 n.m. 2; STRATENWERTH, Günter. *Strafrecht, Allgemeiner Teil, I. Die Straftat*. 4. Aufl., Berlín: Carl Heymanns, 2000. §; LESCH, Heiko H. *La función de la pena*. Madrid: Dykinson, 1999, pp. 4 y 5, nota 5; JESCHECK, Hans Heinrich y Thomas WEIGEND. *Tratado de derecho penal. Parte general*. Quinta edición. Miguel Olmedo Cardenete (trad.). Granada: Comares, 1995, § 8 III; WESSELS, Johannes y Werner BEULKE. *Strafrecht, Allgemeiner Teil. Die Straftat und ihr Aufbau*, 32. Aufl., Heidelberg: Muller, 2002. 12a; OTTO, Harro. *Grundkurs Strafrecht, Allgemeine Strafrechtslehre*, 6. Aufl. Berlín/Nueva York: Walter de Gruyter, 2000, § 1 n.m. 72.

280. ROXIN, Claus. Op. cit. P.G. § 3 n.m. 2;

281. MAURACH, Reinhart y Heinz ZIPP. *Derecho penal. Parte general*, I. Séptima edición. Jorge Boffill Genzsch y Enrique Aimone Gibson (trads.). Buenos Aires: Astrea, 1995, § 6 n.m. 3.

282. HASSEMER, Winfried. *Kommentar zum Strafgesetzbuch*. Reihe Alternativkommentar, bearbeitet von Hassemer u.a. Neuwied, 1990, previo al § 1/411; GRACIA, Luis, Miguel Ángel BALDOVA y M. Carmen ALASTUEY, *Las consecuencias jurídicas del delito*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2005, p. 56; WESSELS, Johannes y Werner BEULKE. Ob. cit., 12^a; LESCH, Heiko H. Ob. cit., p. 9.

delinquentes, pero ello no interesa en su legitimación²⁸³. No extraña entonces que las ideas filosóficas que subyacen a estas teorías conciban al hombre como sujeto capaz de autodeterminarse a sí mismo, y al Estado como custodio y guardián de la justicia terrestre y de la moral, cuya tarea se limita a la protección de la libertad individual²⁸⁴. Esto explica que las teorías absolutas de la pena hayan sido defendidas no solo con argumentos jurídicos, sino también desde postulados religiosos y éticos²⁸⁵. A lo largo de la evolución histórica de las teorías de la pena, las teorías absolutas han sido edificadas sobre la base de la expiación o de la retribución.

II.1. Expiación

1. Según la idea de la expiación, el sentido de la pena es conciliar al infractor consigo mismo y con la sociedad, y ayudarlo a alcanzar de nuevo la plena posesión de su dignidad²⁸⁶. De eminente naturaleza moral y cuestionable arraigo jurídico, el postulado de la expiación olvida que su verificación ocurriría en el fuero interno del sujeto, y la legitimación de la pena estaría condicionada al arrepentimiento sincero del sujeto y no a su imposición o ejecución²⁸⁷.

Para demostrar la imposibilidad de alcanzar la expiación mediante la pena, basta citar los conocidos ejemplos de quien se arrepiente antes de la condena o de quien, habiendo purgado ya su pena, no siente remordimiento alguno o incluso considera que actuó de manera correcta y decide volver a delinquir. A esto hay que añadir la estigmatización social que suele recaer en el condenado y que le dificulta sentirse redimido. Las críticas frente al desempeño práctico de la expiación abundan en la principal oposición que se le formula como fin de la pena desde el Estado de derecho: la coerción penal no es un mecanismo para moldear sentimientos en un sistema jurídico que reconoce la libertad de pensamiento como derecho fundamental (art. 2.1 y 2.3 Const.).

II.2. Retribución

1. La retribución postula que la pena compensa por el delito cometido y es ajena a cualquier finalidad preventiva. En esta línea, Kant sostuvo que, si la pena persiguiera alguna finalidad, como tratar al infractor o servir de ejemplo a la sociedad, o ser un medio para fomentar un bien, sea para el delincuente o para la sociedad, el hombre dejaría de ser un fin en sí mismo y sería tratado

283. MAURACH, Reinhart y Heinz ZIPP. Ob. Cit., § 6 n.m. 3; KÖHLER, Michael. Ob. cit., AT, p. 43.

284. JESCHECK, Hans Heinrich y Thomas WEIGEND. Ob. cit., § 8 III. También KÖHLER, Michael. Ob. cit., AT, p. 43.

285. Cfr. MIR PUIG, Santiago. Derecho penal. Parte general. Octava edición. Barcelona: Reppertor, 2008, p. 87 ss.

286. SCHMIDHÄUSER, Eberhard. *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 2. Aufl., Tubinga: J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), 1984, §2 n.m. 7; ROXIN, Claus. PG, § 3 n.m. 10; STRATENWERTH, Günter. Ob. cit., § 1 n.m. 10. Sobre esto véase NOLL. Peter. *Die ethische Begründung der Strafe*. Tubinga: J. C. B. Mohr, 1962, p. 8.

287. Asi, SCHMIDHÄUSER, Eberhard. *Vom Sinn der Strafe*, p. 46; KÖHLER, Michael. *Der Begriff der Strafe*, Heildelberg: R. v. Decker, 1986, p. 67; LESCH, Heiko H. Ob. cit., p. 8; STRATENWERTH, Günter. Ob. cit., AT, § 1 n.m. 10.

como un medio, como un objeto del derecho de «cosas»²⁸⁸. El ejemplo de la isla propuesto por Kant es bastante ilustrativo: «aun cuando se disolviera la sociedad civil con el consentimiento de todos sus miembros, antes tendría que ser ejecutado hasta el último asesino que se encuentre en la cárcel, para que cada cual reciba lo que merecen sus actos y el homicidio no recaiga sobre el pueblo que no ha exigido este castigo»²⁸⁹.

De ahí que la ley del Talión (= *ius talionis*) sea para Kant la única capaz de establecer de manera justa la cualidad y cantidad de castigo que merece el sujeto infractor: la pena ha de ser proporcional a ofensa causada²⁹⁰. Deben, en consecuencia, desterrarse las penas indeterminadas, superiores o inferiores a las que efectivamente merezca el sujeto. La retribución en Kant tiene un importante trasfondo político-criminal, pues solo una pena retributiva dispuesta judicialmente, cuya magnitud sea de la misma medida que el daño ocasionado con el delito, ayudaría a controlar las manifestaciones espontáneas de venganza de las víctimas o de las personas afectadas con el delito²⁹¹.

2. Hegel, por su lado, haciendo uso de su lógica dialéctica²⁹², postuló que en el ordenamiento jurídico se plasma la voluntad general de las personas, que no puede ser desconocida por la voluntad individual del infractor. Cuando este delinque, cuestiona la vigencia del ordenamiento jurídico y pone en duda la voluntad general de las personas. Este conflicto es resuelto con la imposición de la pena que, como reivindicación del orden jurídico, niega el delito: la pena niega la negación del orden jurídico. El fin de la pena sería el restablecimiento del orden jurídico.

La retribución aparece en Hegel como el único criterio capaz de considerar al delincuente como ser racional y libre: si se le pretendiese curar, intimidar o neutralizar, se le equipararía a un animal peligroso. Por el contrario, con la pena retributiva «se honra el delincuente»²⁹³. A diferencia de Kant, en Hegel la pena retribuye el daño causado al ordenamiento jurídico y no la lesión a la víctima, por lo que un delito podría acarrear una pena más grave o una más leve que lo que aconsejaría la ley del Talión²⁹⁴.

3. Si bien en puridad de términos la pena en Kant y en Hegel no es absoluta, ya que persigue como fin la realización de la justicia y el restablecimiento del ordenamiento jurídico, respectivamente, parece que la retribución *per se* no está

288. KANT, Immanuel. *La metafísica de las costumbres*. Adela Cortina Orts y Jesús Conill Sancho (trad. y notas). Cuarta edición. Madrid: Tecnos, 2005, n.m. 331.

289. *Ibid.*, n.m. 333.

290. *Ibid.*, n.m. 332.

291. STRATENWERTH, Günter. *Ob. cit.*, § 1 n.m. 11.

292. Confrontación entre dos opuestos —tesis y antítesis— que se resuelve en una forma superior —síntesis—.

293. HEGEL, G. W. F. *Fundamentos de la filosofía del derecho*. Madrid: Libertarias/Prodhufo, 1993, § 100.

294. HEGEL, G. W. F. *Ob. cit.*, § 101 y 218 y anotación. Podría castigarse con pena de muerte el robo de una manzana si el restablecimiento del derecho lo amerita.

en condiciones de legitimar la pena en un Estado que pretende racionalizar la reacción penal. Piénsese, por ejemplo, en la pena que la retribución sugeriría para el homicida. Y además, en que si el juicio de proporcionalidad se establece entre la culpabilidad del delincuente y la pena (Kant), esta debería responder solo al merecimiento de pena y desatendería la necesidad social de pena que constituye la razón de ser de la norma de sanción. Si la pena tomara en cuenta solo la necesidad social de restablecer el ordenamiento jurídico (Hegel), el merecimiento de pena por el hecho cometido, que no es otra cosa que el significado jurídico del comportamiento que infringe la norma de conducta, dejaría de ser presupuesto de la norma de sanción.

III. Justificación de la pena en atención a sus fines

1. Las teorías que asignan un fin a la pena se conocen como teorías relativas de la pena. Por regla general, el fin con el cual justifican la pena es la prevención del delito, y dependiendo de a quiénes se dirige se distingue entre *prevención especial*, si se pretende evitar que el condenado vuelva a delinquir en el futuro, y *prevención general*, si se busca prevenir que terceros no delincan.

III.1. Prevención especial

1. Se atribuye a Franz von Liszt ser el impulsor de la prevención especial con ocasión de su Programa de la Universidad de Marburgo (1882)²⁹⁵. Este autor sostuvo que la pena es coacción que se dirige contra la voluntad del delincuente y le proporciona los motivos necesarios para disuadirlo de cometer el delito, a la vez que refuerza los ya existentes. Liszt distinguió tres manifestaciones distintas de prevención especial en función del tipo de delincuente al cual se dirige la pena. En primer lugar, para los delincuentes incorregibles propuso la inocuización o una pena de prisión por tiempo indeterminado²⁹⁶, bajo el entendido de que la sociedad tiene derecho a defenderse de aquellos que, como los delincuentes por convicción, no desisten en su intento por delinquir²⁹⁷; en segundo lugar, para los delincuentes habituales postuló la corrección²⁹⁸, y en tercer lugar, la intimidación para los delincuentes ocasionales²⁹⁹. Liszt no negó que la ejecución de la pena implicase algún grado de retribución, pero ello sería solo el medio para alcanzar la prevención: la pena es prevención mediante represión³⁰⁰.

295. Publicado en su *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, tomo III, 1883, pp. 1-47, bajo el título *Der Zweckgedanke im Strafrecht*. Aquí se utiliza la traducción de Pérez del Valle, *La idea del fin en el derecho penal*. Granada: Comares, 1995.

296. V. LISZT, Franz. *La idea del fin en el derecho penal*. Carlos Pérez del Valle (trad.). Granada: Comares, p. 83 y ss.

297. *Ibid.*, p. 86.

298. *Ibid.*, p. 88 y ss.

299. *Ibid.*, p. 90.

300. *Ibid.*, p. 93.

2. A partir de la idea de orientar las sanciones hacia la mejora y resocialización de los condenados, se fundó en 1924 la *Association Internationale du Droit Pénale* (AIDP) y en 1947 la Sociedad Internacional para la Defensa Social³⁰¹. Las ideas preventivo-especiales también inspiraron decididamente a los autores del Proyecto Alternativo de Código Penal Alemán de 1966³⁰². En nuestro medio suele afirmarse que el artículo IX TP CP se decanta por la prevención especial, aunque en realidad dicho precepto consigna, junto a la resocialización como fin de la pena, la prevención y la protección. El régimen carcelario, al tener por objetivo la reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad (139.22 Const.), sí persigue un fin preventivo-especial.

El arraigo que logró la idea de resocialización, junto al dato criminológico de que las cárceles no contribuyen a la reeducación, permitió que la doctrina postulara alternativas penales menos aflictivas que la privación de libertad y que eviten los efectos nocivos del encierro. En este contexto adquirieron especial importancia los mecanismos para sustituir la pena de prisión³⁰³. La posibilidad de convertir la pena privativa de libertad (artículos 52 CP y ss.), la suspensión de la ejecución de la pena (artículos 57 CP y ss.), la reserva del fallo condenatorio (artículos 62 CP y ss.), la exención de pena (artículo 68 CP), así como la gran mayoría de beneficios penitenciarios (artículo 42 CEP), dan cuenta de ello.

3. La prevención especial y su postulado de corregir mediante la pena seduce a primera vista. Sin embargo, un análisis más detallado aconseja prudencia frente a la resocialización como idea legitimadora de la pena. Así por ejemplo, no se entiende cómo el infractor podrá resocializarse si se le confina a un centro penitenciario en donde el contacto social es restringido —cuando no nulo— y donde imperan códigos de conducta (o de supervivencia) que distan mucho del modelo que la resocialización pregona como válido para la convivencia pacífica y que rigen fuera de prisión. Si bien es verdad que el trabajo y la educación permiten redimir parte de la pena y que esto podría ser visto como una preparación para la vida en sociedad, también lo es que las carencias materiales de los Estados impiden que en la mayoría de casos el trabajo o estudio al interior del centro penitenciario cumpla dicho objetivo.

La resocialización no deja de ser una hipótesis cuyo fracaso se comprueba con la reincidencia y cuyo eventual éxito no puede imputarse con seguridad a la pena sino a la eficacia del sistema de persecución penal. Así lo demuestra la frecuente comisión delitos a pesar de que se castigan con penas severas, como

301. Cfr. el «Mindestprogramm der Internationalen Gesellschaft für soziale Verteidigung», *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 1954, p. 646 y ss. También GRAMATICA, Filippo. *Principi de diritto penale soggettivo*. Torino: F.Lli Bocca, 1934, p. 104 y ss.; ANCEL, Marc. *Social defense*. London: Routledge & K. Paul, 1965, pp. 1-5 y 199 y ss.

302. ROXIN, Claus. Ob. cit., PG, I, § 3 n.m. 86.

303. MAPELLI, Borja y Juan María TERRADILLOS. *Las consecuencias jurídicas del delito*. Segunda edición. Madrid: Praxis, 1999, p. 19 y ss.

el asesinato, el robo agravado o el secuestro, y que la determinación de cuánta resocialización necesitaría el sujeto —de lo que depende tanto la duración de la pena como el tipo de pena que se impondrá— se sustente solo en conjeturas o posibilidades de reincidencia futura³⁰⁴.

4. Pero lo más importante es acaso que la tesis de la resocialización no ofrece respuesta a los casos de delincuencia por convicción, y que según su lógica interna admite las penas indeterminadas por encima o por debajo de la culpabilidad del infractor, pues si la finalidad de las penas es el tratamiento del sujeto, estas deberían durar tanto como sea necesario para garantizar que el déficit de socialización sea saldado. Sin embargo, no es posible legitimar las penas indeterminadas, no solo por el riesgo que representa para la seguridad jurídica, sino también porque una pena cuya duración se determine con arreglo a criterios ajenos al comportamiento antijurídico olvida que la sanción penal es, ante todo, una reacción *jurídico-penal* frente a la infracción de la norma de conducta, y como tal, su determinación y legitimación debe orientarse a mitigar los efectos *jurídico-penales* del delito. Esto último no puede ser ofrecido por la resocialización, pues centra su atención en el déficit de socialización: la pena no se vincularía con el delito como hecho antijurídico, sino con el sujeto como persona necesitada de tratamiento.

Asimismo, la tesis de la resocialización debería prescindir de la pena por ausencia de necesidad de tratamiento en los casos en que el sujeto se arrepiente y da muestras claras de que no volverá a delinquir, aunque, de nuevo, difícilmente alguien será partidario de admitir que el arrepentimiento opere como regla general de exención de pena, sobre todo en los delitos graves (terrorismo, criminalidad organizada, etc.). No es extraño, entonces, que en su versión original la prevención especial no se restringiese a la resocialización del infractor, sino que pregonase el encierro permanente para los incorregibles y la simple reprimenda para los delincuentes ocasionales.

5. Todo esto conduce a que la resocialización deba ser valorada tan solo como postulado político criminal que inspira la ejecución de la pena privativa de libertad, pero no como fin de la sanción penal. Así se expresan los artículos 139.22 Const. y 10.3 PIDCP, y lo reconoce la STC 010-2002 AI/TC, de conformidad con la cual reeducación, rehabilitación y reincorporación significan aprender a hacer un uso responsable de la libertad, en donde el término «responsable» es sinónimo de respeto por las normas de convivencia social³⁰⁵. Sin embargo, y a pesar de lo anterior, no puede soslayarse el mérito de la

304. Esta crítica frente a la prevención especial sirve aquí para seguir descartando que la prevención especial pueda legitimar la pena, pero cobra aun más importancia en el ámbito de las medidas de seguridad, las cuales, y según la legislación vigente, se fundamentan en la necesidad de neutralizar la peligrosidad post-delictual del inimputable. Cómo llega el juez a saber si el sujeto es peligroso o no, y en su caso, cómo llega a saber cuán peligroso es como para ameritar una medida de seguridad, es algo que se analiza con ocasión del estudio de las medidas de seguridad.

305. En detalle, MEINI, Iván. *Imputación y responsabilidad penal*. Lima: Ara, 2009, p. 327 y ss., en especial, pp. 334 y ss.

prevención especial al poner en alerta la responsabilidad que asume el Estado frente a la población carcelaria, así como su importancia en la previsión de mecanismos alternativos a la pena privativa de libertad efectiva.

III.2. Prevención general negativa

1. A principios del siglo XIX, Feuerbach, impulsor de la prevención general negativa, postuló que el padecimiento de la pena, al tener lugar con posterioridad a la perpetración del delito, es insuficiente para prevenir delitos. De ahí que pusiera énfasis en la necesidad de una coacción psicológica que se anticipara a la comisión del delito³⁰⁶, lo que se conseguiría cuando «cada uno sepa que a su hecho ha de seguir, ineludiblemente, un mal que será mayor que el disgusto emergente de la insatisfacción de su impulso al hecho»³⁰⁷.

La seriedad de la coacción psicológica, a riesgo de quedar ayuna de contenido, estaría supeditada a que se confirme con su aplicación. Algunos autores invocan el psicoanálisis freudiano para justificar que la sociedad acuda a la amenaza de una pena para conseguir que se respeten las normas elementales de convivencia³⁰⁸. Se echa así mano de un razonamiento aceptado ya en otras disciplinas científicas, conforme al cual la persona suele relacionar los estímulos que recibe con la valoración de los actos que realiza: el premio es la consecuencia de las acciones valoradas positivamente y el castigo lo es de las indeseadas. Otros autores, como Bentham, entendieron que la intimidación se verifica durante la ejecución de la pena y no antes de su imposición, por lo que resulta primordial la forma como se ejecuta la pena.

2. La prevención general negativa, entendida como coacción psicológica, tiene el mérito de ilustrar con suficiente claridad lo que realmente ocurre con la pena. Por más que se logre construir un discurso resocializador, la realidad enseña que la pena es utilizada como una amenaza. Además —y aunque en un principio parezca lo contrario—, al disciplinar los comportamientos según la norma penal y no educar o convencer de las eventuales virtudes de la pena, la prevención general negativa respeta la libertad de pensamiento propia del Estado de derecho.

306. FEUERBACH, P.J.A.R. *Tratado de derecho penal*. Décimo séptima edición. Eugenio Zaffaroni e Irma Hagemeyer (trads.). Buenos Aires: Hamurabi, 1989, § 11 s.

307. *Ibid.*, § 13.

308. Fundamental GIMBERNAT, Enrique. «¿Tiene un futuro la dogmática jurídico-penal?». En *Estudios de derecho penal*. Madrid: Civitas, 1981, pp. 57 y ss. También HASSEMER Winfried. *Strafrecht im Rechtsstaat*. Berlin: Berliner Wissenschafts-Verlag, 2000, p. 206; LUZÓN PEÑA, Diego Manuel. «Prevención general, sociedad y psicoanálisis». *Cuadernos de Política Criminal*, 16 (1982), p. 93 y ss.; MUÑOZ CONDE, Francisco. «Derecho penal y control social (sobre la función motivadora de la norma jurídica penal)». En *Derecho penal y control social*. Jerez: Fundación Universitaria de Jerez, 1985, p. 29 y ss.

3. No obstante, más que una teoría de la pena, la prevención general negativa es una teoría de la norma penal. En efecto, al postular que la coacción psicológica se verifica antes de la imposición de la pena, no ofrece un argumento convincente que legitime la imposición de la pena, más aun si esta se aplica cuando la prevención no ha podido neutralizar los deseos criminales.

Por lo demás, se advierten otras razones que revelan la poca idoneidad de la prevención general negativa: autorizaría recurrir a penas desproporcionadas frente a la culpabilidad cuando así lo exigieran necesidades preventivas (intimidar a la colectividad); resulta endeble frente a los delincuentes por convicción, en quienes la pena no genera temor alguno; al presuponer que las personas a quienes la pena coacciona son sujetos que actúan razonablemente, olvida que en muchos casos el delito se comete sin que exista una decisión que sopesa los costos y beneficios, y cuando no es así, se suelen tomar en cuenta aspectos adicionales a la pena, como la posibilidad de ser descubierto y la posibilidad de sustraerse del sistema de persecución penal (prescripción, clandestinidad, corrupción de autoridades, entre otros).

III.3. Prevención general positiva

1. La prevención general positiva postula la prevención de delitos mediante la afirmación del derecho. A partir de este postulado se diferencian dos grandes corrientes de la prevención general positiva. En primer lugar, la prevención *integradora*, para la cual la pena reafirma la conciencia social de validez de la norma vulnerada con el delito. Con ello se generaría confianza en la sociedad sobre el funcionamiento del derecho³⁰⁹, ya que, después de todo, se ha impuesto una pena por el delito perpetrado y eso significa que el Estado ha reaccionado frente al delito. La pena, aquí, integra a la sociedad, en el sentido que propicia la confianza de la colectividad y facilita el respeto hacia el derecho.

En segundo lugar, la prevención *estabilizadora*, que proclama que la pena restablece la vigencia de la norma penal que ha sido cuestionada con el delito³¹⁰. Al hundir sus raíces en el pensamiento de Hegel, la prevención estabilizadora prescinde de cualquier finalidad preventiva. No otra cosa se concluye si a la pena se le asigna como única función estabilizar (restablecer) el derecho que el delincuente desconoce con su infracción, y que el significado de la pena es explicitar que el comportamiento contrario a la norma no marca la pauta a seguir sino que ella es fijada por la norma penal³¹¹.

309. KAUFMANN, Armin. *Política criminal y reforma penal*. Bogotá: Temis, p. 127; MIR PUIG, Santiago. Ob. cit., L. 3/19 y ss. Antes WELZEL, Hans. *Derecho Penal Alemán: Parte General*. Décimo segunda edición. Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez Pérez (trads.). Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1970, p. 12, refiriéndose al valor de actuar conforme a derecho arraigado en la permanente conciencia jurídica.

310. Por todos, JAKOBS, Gunther. *Derecho Penal. Parte General*. Segunda edición. Joaquín Cuello Contreras y José Luis González de Murillo (trads.). Madrid: Marcial Pons, 1997, 1/1 s. y 1/4 y ss.; Sobre el concepto de la *pena*, p. 75.

311. LESCH, Heiko H. Ob. cit., p. 48; FELIÓ SÁNCHEZ, Bernardo José. *El injusto penal y su prevención en el nuevo Código Penal de 1995*. Madrid: Colex, 1997, p. 59 y ss.

2. Al reivindicar el derecho vulnerado por el delito, la prevención general positiva asume que la legitimación de la pena se desprende de la relación entre esta y la norma de conducta. Ello le permite mantener la coherencia frente al funcionamiento del sistema penal: la norma de conducta vulnerada, que se legitima como expresión de la libertad jurídicamente garantizada, sigue siendo necesaria y tiene plena vigencia como pauta de conducta en la sociedad, a tal punto que se impone una pena por su desconocimiento.
3. Sin embargo, la prevención general positiva ha sido resistida por un nutrido sector de la doctrina que la tacha de incapaz de ofrecer alternativas a la forma como opera el sistema penal y de postular mejoras a su funcionamiento. Esta crítica, que se enuncia sobre todo contra la prevención estabilizadora, desnuda que la prevención estabilizadora *describe* qué es lo que pasa cuando se impone una pena, y como descripción de un proceso no valora los fines políticos del sistema jurídico en cuya defensa se impone la pena. Si el derecho restablecido se ajusta al modelo democrático, teocrático, autoritario, o tiene déficits de participación ciudadana, es algo que la pena, como instrumento al servicio del sistema jurídico, no está en capacidad de cuestionar.

En contra de la prevención integradora se sostiene, además, que la confianza en el derecho que ha de generar la pena depende de la manera en que esta se aplica, así como de su *quantum*. Si de propiciar confianza en el derecho se trata, habría que atender, antes que a la pena, a la eficacia de las instituciones que forman parte del sistema penal, como la Policía, el Poder Judicial y el Ministerio Público, pues de sus actuaciones depende en última instancia que la población confíe o no en el derecho.

IV. Teoría de la diferenciación

1. La teoría de la diferenciación de Schmidhäuser separa lo que él denomina «teoría de la pena en general» de «los momentos que se viven en el desarrollo de la pena». En el marco de «la teoría de la pena en general», diferencia el sentido (*Zweck*) de la pena, que es combatir la criminalidad, del fin (*Ziel*) de la pena, que sería mantener la criminalidad dentro de límites que permitan la convivencia social³¹². En este escenario adquiere especial importancia la prevención general: la condena sirve de amenaza a la colectividad de lo que ocurre en dicho ordenamiento jurídico ante un hecho semejante (prevención general negativa), y muestra al mismo tiempo la validez de la norma³¹³ (prevención general positiva). Se descarta aquí la prevención especial (resocialización), porque llevaría a prescindir de la pena cuando no existiesen probabilidades de

312. SCHMIDHÄUSER, Eberhard. Ob. cit. 3/15, haciendo especial énfasis en que se trata de la única finalidad realizable.

313. *Ibid.* 3/16.

reincidencia y extendería el tratamiento penitenciario hasta alcanzar la mejora del interno³¹⁴.

2. Con respecto a los *momentos en que se desarrolla la pena*, Schmidhäuser señala que (i) al legislador la pena le permite resaltar el valor de la sociedad y la idea de justicia³¹⁵; (ii) a los órganos de persecución penal (por ejemplo, Policía y Ministerio Público) les compete esclarecer los delitos y llevar al infractor ante el juez³¹⁶; (iii) al juez le atribuye la obligación de juzgar con arreglo al principio de legalidad y sancionar comparando las penas previstas para otros delitos y para los delitos que el infractor haya podido cometer³¹⁷; (iv) a los funcionarios de ejecución penal les reconoce el deber de ayudar al interno a que aproveche el tiempo en prisión³¹⁸; (v) el condenado ha de procurar librarse de su culpabilidad —lo que se asemeja a la expiación—³¹⁹, y (vi) la sociedad ha de dar por purgada la pena y aceptar el regreso el sujeto (conciliación)³²⁰.

V. Teorías de la unión

1. Las teorías de la unión justifican la pena combinando y superponiendo los fines que postulan las distintas teorías de la pena existentes, logrando así equipararlas en importancia y rescatar las bondades que cada una de ella pueda tener. Sin embargo, por lo mismo, arrastran las críticas que se les formulan³²¹, en particular, la duda de que la expiación, retribución, resocialización, compensación de la culpabilidad y la prevención general puedan coexistir simultáneamente.
2. Dentro de las diversas manifestaciones de la teoría de la unión, la doctrina se refiere a la «Teoría preventiva de la unión» (*präventive Vereinigungstheorie*)³²², cuyo principal exponente, Roxin, la concibió a partir de su teoría dialéctica de la unión que se remonta a 1966³²³. El punto de partida de la teoría preventiva de la unión es reconocer que ni la culpabilidad del sujeto ni la prevención por sí solas son capaces de legitimar la sanción penal, y rechazar que la retribución

314. *Ibid.* 3/17.

315. *Ibid.* 3/21.

316. *Ibid.* 3/22.

317. *Ibid.* 3/23.

318. *Ibid.* 3/24.

319. *Ibid.* 3/25.

320. *Ibid.* 3/26.

321. Se muestran críticos HASSEMER, Winfried. *Ob. cit.* previo al § 1/427 y ss.; BAUMANN, Jürgen, Ulrich WEBER y Wolfgang MITSCH. *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 10 Aufl.. Bielefeld: Giese King, 1995, § 3 II 2 a ß; STRATENWERTH, Günter. *Ob. cit.*, AT, § 28, ROXIN, Claus. *Op. cit.* § 3/33 y ss.; CALLIES, Rolf-Peter. «Theorie der Strafe», *Neue Juristische Wochenschrift*, (1989), p. 1339; LESCH, Heiko H. *Ob. cit.*, p. 42; JAKOBS, Günther. *Sobre el concepto de la pena*. Manuel Cancio Meliá (trad.). Bogotá: Centro de investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho, 1998, pp. 62 ss.

322. En lo que sigue, ROXIN, Claus. AT⁴, § 3/37 y ss.

323. ROXIN, Claus. «Sentido y fines de la pena estatal». Luzón Peña (trad.). En *Problemas fundamentales de derecho penal*. Madrid: Reus, 1988, pp. 11 y ss.

de la culpabilidad tenga cabida en la legitimación de la pena al no poder explicarse metafísicamente una intervención estatal como la pena.

Según esta concepción, la pena cumple funciones de prevención especial y de prevención general, y queda limitada por la culpabilidad del sujeto, lo que la haría proporcional frente a su responsabilidad. No obstante, es posible reducir la sanción a imponer si existen razones *preventivo-especiales* que lo ameritan (por ejemplo, cuando, a pesar de la gravedad del delito cometido, sea innecesario un tratamiento penitenciario prolongado al mostrar el sujeto cierto grado de socialización), siempre y cuando las exigencias *preventivo-generales* no se opongan a ello, es decir, siempre y cuando la atenuación de la pena no afecte a la confianza en el derecho.

3. Si bien la teoría preventiva de la unión tiene el mérito de rescatar solo los aspectos favorables de la prevención especial y de la prevención general, no parece del todo seguro que siempre sea posible equilibrar las necesidades de prevención especial y general. Sucede así, sobre todo, en los casos de delitos de bagatela de frecuente comisión.

VI. Toma de postura

1. La legitimación de la pena ha de discurrir sobre dos ideas rectoras. En primer lugar, no recargar a la pena asignándole funciones que otras instituciones del derecho penal han de cumplir. Esto presupone ubicar a la pena dentro del sistema penal teniendo en cuenta el momento en que actúa, y relacionarla con el fin del derecho penal, el fin de la norma penal y la finalidad de la ejecución penal. En segundo lugar, los parámetros de legitimación que se empleen deben ser reales, posibles y actuales. No otra cosa se exige en un Estado de derecho cuando se restringe la libertad de una persona. Este planteamiento descarta de plano la validez de las teorías absolutas, en tanto niegan cualquier utilidad a la pena y la justifican en sí misma o en postulados morales.

También se descartan aquellas otras teorías que ubican la finalidad de la pena en momentos distintos de su imposición. Es lo que ocurre con la prevención general negativa, que incide en la amenaza de pena a quien todavía no delinque y se enfoca en un estadio anterior a la pena, lo que debería llevarla, en coherencia con sus postulados, a que la pena se determine en función de la neutralización de los estímulos del infractor y no con arreglo al daño social del delito³²⁴. O con la prevención especial, que de la mano de la resocialización busca racionalizar lo que ocurre después de la imposición de la pena durante el tratamiento penitenciario.

324. JAKOBS, Günther. Op. cit. PG, 1/29 s.; LESCH, Heiko H. Ob. cit., p. 27. Resaltan el declive de la culpabilidad, STRATENWERTH, Günter. Ob. cit. AT, § 1/25; FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo José. Ob. cit., p. 34.

2. Del hecho de que la pena se imponga a consecuencia de la comisión de un delito se deduce que no tiene capacidad para prevenirlo ni para proteger bienes jurídicos. Su presencia, siempre tardía a este respecto, no deja otra alternativa que aceptar que en cuanto a la relación entre la pena, y la prevención de delitos y protección de bienes jurídicos, en el mejor de los casos, la primera refuerza la función de motivación y con ello apuntala la protección de bienes jurídicos.
3. A partir de la idea esbozada en el párrafo anterior se puede esbozar el fin de la pena: la norma de conducta expresa la distribución de la libertad de actuación en sociedad³²⁵, y el delito, como infracción de la norma, cuestiona dicha distribución de libertades, mereciendo la imposición de una pena que expresa que la norma vulnerada sigue rigiendo como modelo de conducta. Dicho en otras palabras, la función de la pena consiste en reivindicar la distribución de libertades que expresa la norma penal. Como la pena se vincula íntimamente con la norma de conducta y el derecho penal, es menester asignarle un sentido y un valor jurídico y superar la eventual crítica que podría merecer por ser, como la prevención general, una simple descripción: si las funciones de la norma penal y del derecho penal están condicionadas por el modelo de Estado constitucional de derecho en el cual se insertan, el sentido que expresa la pena solo puede ser reivindicar una distribución *justa* de libertades.

Solo si se tiene en cuenta el sentido de justicia que ha de expresar la pena, puede su imposición contribuir legítimamente al reforzamiento cognitivo de la confianza de la sociedad en la norma de conducta. Confianza que nada tiene que ver con que el ciudadano *comparta* las razones que llevan a prohibir un comportamiento, ni con que *entienda* que es necesario prohibir ciertos comportamientos por representar un riesgo intolerable para los bienes jurídicos, ni con que la imposición de la pena satisfaga una legítima expectativa de orden, desarrollo individual y funcionamiento de la sociedad, sino tan solo confianza en que, independientemente de las razones que tengan unos y otros, no se vulnerará la norma de conducta.

4. El discurso legitimador de la pena aquí expuesto, tributario de la legitimidad de la norma penal, ofrece un margen de crítica frente a la forma en que el Estado ejercita la actividad punitiva. La pena siempre sancionará, pero solo se legitimará como reivindicación de una distribución justa de libertades si el juicio de merecimiento de pena que recae sobre el comportamiento prohibido y que descansa detrás de toda norma de conducta responde a los criterios de necesidad, idoneidad y proporcionalidad que rigen la protección penal de los bienes jurídicos. Esto no ocurrirá cuando el comportamiento que se prohíbe no supera el mínimo de lesividad que legitima la intervención del derecho penal, aun cuando el legislador se haya empeñado en lo contrario (según la

325. Al prohibir comportamientos de riesgo penalmente relevantes para bienes jurídicos, la norma penal indica a qué está autorizado y a qué no está autorizado el ciudadano en su actuación en sociedad.

concepción que aquí se sigue, la previsión en la ley de un delito no asegura que se trate de un comportamiento necesitado de penal). Por ejemplo, cuando se impone una pena por el delito de eutanasia (artículo 112 CP) o de ayuda al suicidio (artículo 113 CP), pues en ambos casos se sanciona por realizar la voluntad del titular del bien jurídico, desconociéndose que un Estado de derecho no tiene un rol paternalista frente al ciudadano y que, por el contrario, debe respetar su autonomía.

5. La legitimidad de la pena no se agota en la legitimidad de la norma de conducta: abarca también su determinación. Quien quiera mantenerse bajo el abrigo del principio de proporcionalidad, deberá admitir que la pena debe responder conjuntamente a la gravedad del injusto cometido (responsabilidad por el propio hecho) y a las necesidades sociales de pena que pueda existir al momento de su imposición y durante su ejecución. En este sentido, debe afirmarse sin tapujos que la pena es retributiva si el presupuesto de la norma de sanción es la infracción de la norma de conducta, y todos los aspectos que se tienen en cuenta para su determinación encuentran ahí su origen. La pena, irremediamente, es una reacción coercitiva y desvalorada que se impone al responsable de dicho acto. Este —el delincuente— sigue estando obligado como ciudadano a contribuir en el proyecto común de convivencia pacífica a costa de padecer la imposición de la pena³²⁶.
6. A tenor de lo anterior —y por último, aunque no por ello menos importante—, la pena, al confirmar los valores de convivencia que dan lugar a la norma de conducta infringida, expresa un reproche de contenido ético-social³²⁷. Tal es su esencia y la razón última de su legitimación. Admitiendo que la protección penal de bienes jurídicos responde a la vital importancia que tienen para el libre desarrollo de la personalidad y mantenimiento del ordenamiento jurídico, deberá aceptarse luego que los bienes jurídicos están impregnados de una potente carga ético-social, a tal punto que su naturaleza solo puede ser aprehendida en su verdadera dimensión si se admite que la calificación de determinadas realidades como bienes jurídico-penales viene precedida por, y encuentra su razón de ser en, la consideración de dichas realidades como valores sin los cuales la convivencia pacífica y democrática sería inviable. Su tutela, por lo tanto, antes que un cometido penal, es una responsabilidad ética de cualquier sociedad que pretenda su preservación.

En este escenario, la pena explicita un reproche ético-social por el hecho cometido (o mejor, por la valoración que recae sobre la reconstrucción del hecho cometido que tiene lugar en el proceso penal) y refuerza la necesidad *ética* de autoprotección que tiene que la sociedad.

326. Con especial énfasis en la retribución de la pena en la dogmática actual, PAWLIK. «La pena retributiva y el concepto de delito». En *La libertad institucionalizada. Estudios de filosofía jurídica y derecho penal*. Madrid/Barcelona/Buenos Aires: Pons, 2010, p. 75 y ss., en especial p. 102 s.

327. Con múltiples referencias, JESCHECK, Hans Heinrich y Thomas WEIGEND. Ob. cit., § 8 I 2 b)

VII. Función y fines de las medidas de seguridad

VII.1. El modelo dualista y las medidas de seguridad

1. Afiliándose al modelo «dualista» que se ha impuesto en derecho comparado desde mediados del siglo pasado, el Código Penal peruano distingue entre penas y medidas de seguridad, dependiendo de si el infractor es un imputable o inimputable, respectivamente. En este esquema, la pena se corresponde a la culpabilidad del sujeto, mientras que la medida de seguridad se orientaría a menguar la peligrosidad post-delictual que, definida como «una elevada probabilidad de comisión de nuevos delitos» que el juez deduce a partir «del hecho cometido y de la personalidad del agente» (artículo 72.2 CP), suscita en la sociedad necesidad de protección frente a la eventual reincidencia del inimputable.

La finalidad de las medidas de seguridad sería preventivo-especial³²⁸, algo que parece confirmar el artículo IX TP CP cuando señala que las medidas de seguridad persiguen fines de curación, tutela y rehabilitación, aunque, dependiendo de la concreta medida de seguridad de que se trate, estos fines se acentúan o deterioran: el tratamiento ambulatorio pretende objetivos terapéuticos o de rehabilitación (artículo 76 CP), y el internamiento, terapéuticos o de custodia (artículo 74 CP).

2. En su origen, las medidas de seguridad fueron pensadas como reacciones destinadas a educar, corregir y conseguir que el infractor se tornara inofensivo. Stoos, quien tiene el mérito de haber marcado el camino que han seguido en su desarrollo las medidas de seguridad³²⁹, previó de manera pionera en su Anteproyecto de Código Penal suizo de 1893 la posibilidad de imponer no solo penas acordes con la culpabilidad del infractor, sino también «medidas de corrección y de seguridad» para inimputables³³⁰. Y lo hizo de la mano de un argumento que mantiene vigencia en la actualidad, al menos para los partidarios del modelo «dualista»: a diferencia de las penas que se fundamentan en un juicio retrospectivo sobre el hecho cometido, las medidas de corrección y seguridad responden a un análisis prospectivo sobre la peligrosidad futura del sujeto.
3. Sin embargo, no es seguro que esta forma de entender las cosas sea la que mejor se ajuste al Estado de derecho. Por un lado, debido a que, según el sentimiento jurídico actual, en la pena se refleja algo más que la culpabilidad del sujeto, y

328. Así, ROXIN. Op. cit., § 3/63 y ss. Próximos, JESCHECK, Hans Heinrich y Thomas WEIGEND. Ob. cit., § 9 II 1.

329. FRISCH, Wolfgang. «Las medidas de corrección y seguridad en el sistema de consecuencias jurídicas del derecho penal. Clasificación en las teorías de la pena, configuración material y exigencias en el Estado de Derecho». Patricia Ziffer (trad.), *InDret*, 3 (julio 2007), p. 5.

330. STOOS, Carl. «Der Geist der modernen Strafgesetzgebung», *Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht*, 9 (1896), p. 269 y ss.

a tenor de la legislación vigente, las medidas de seguridad son la consecuencia de cometer un hecho antijurídico que es tenido en cuenta para su imposición. Esto induce a pensar que las medidas de seguridad *algo* tienen de naturaleza sancionadora. Por otro lado, porque el concepto «peligrosidad», entendido como prognosis de comportamientos delictivos futuros, está impregnado de ideas sociales preconcebidas y excesivamente arraigadas³³¹, lo que lo torna en un concepto permeable a peligrosas cavilaciones coyunturales, con cuyas lamentables muestras nos nutre con persistencia la historia³³².

Ejemplos como la Ley de Delinquentes Habituales del Tercer Reich, la Ley de Vagos y Maleantes del franquismo español, y, en épocas más recientes, *The Patriot Act*, o la implementación paulatina en códigos penales de la libertad vigilada posterior a la pena para sujetos que se consideran peligrosos, dan cuenta de lo poco conveniente que es para la seguridad jurídica habilitar reacciones penales (aunque se les quiera detraer *teóricamente* su carga aflictiva) sobre la base de una pretendida peligrosidad. Incluso en nuestro medio las medidas de seguridad han sido utilizadas en el Código Penal de 1924, vigente hasta 1991, frente a una supuesta peligrosidad criminal de «salvajes», «indígenas semicivilizados» o «degradados por el alcohol y la servidumbre»³³³.

Si bien es verdad que un control constitucional propio de un Estado de derecho exigirá que las medidas de seguridad respondan a una peligrosidad post-delictual que se refleje y exprese en el injusto cometido, y descartará como fundamento de su imposición la peligrosidad pre-delictiva, también lo es que ese mismo control constitucional arrojará serias dudas sobre la legitimidad que se suele atribuir a la peligrosidad post-delictual como esencia de la medidas de seguridad: no se trata solo de llamar la atención sobre lo extremadamente fácil que es tipificar delitos que protejan bienes jurídicos tan difusos como la seguridad nacional, que terminan siendo fácilmente vulnerados, sino de garantizar que el juicio de peligrosidad post-delictiva supere el estándar mínimo de seguridad jurídica. Estas ideas serán desarrolladas en las siguientes líneas.

VII.2. El cuestionamiento de la prevención especial como fundamento de las medidas de seguridad. Su naturaleza sancionadora y su utilidad frente al déficit de «socialización penal»

1. La finalidad de corrección (o curatela o rehabilitación) que persiguen las medidas de seguridad no puede justificarse en sí misma. Quien quiera legitimar un tratamiento preventivo de tal naturaleza deberá demostrar primero

331. QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. *Locos y culpables*. Pamplona: Aranzadi, 1999, pp. 43 y ss.

332. En detalle, TERRADILLOS BASOCO, Juan. *Peligrosidad social y Estado de derecho*. Madrid, 1981.

333. El caso cubano es digno de repudio. El artículo 72 del Código Penal vigente define a la peligrosidad como «la especial proclividad en que se halla una persona para cometer delitos», y como parámetros para determinar la peligrosidad se establecen la embriaguez habitual y la dipsomanía, la anarcomanía y la conducta antisocial, y se incluye entre sus potenciales destinatarios a los enajenados mentales y personas de desarrollo mental retardado, siempre que representen una amenaza para las personas o del orden social.

la valía de lo que se quiere evitar. En el caso de las medidas de seguridad, lo que se desvalora e intenta prevenir es la futura comisión de comportamientos antijurídicos por parte de un inimputable, o, dicho en dos palabras, su reincidencia. A partir de esta premisa, la medida de seguridad o cualquier otra reacción penal frente a este supuesto de hecho debería privar al sujeto de aquello que lo llevaría a cometer otro hecho antijurídico en el futuro; es decir, debería orientarse a neutralizar su peligrosidad. La respuesta que da el derecho positivo es que el juicio de peligrosidad se determina a partir de la existencia de una elevada probabilidad de comisión de nuevos delitos, y que los *insumos* que toma en cuenta el juez para dicho juicio son el hecho antijurídico cometido y la personalidad del agente.

En este nivel surgen ya serias interrogantes: ¿está realmente desprovista de carácter retributivo y sancionador la medida de seguridad si solo es posible imponerla a partir de la comisión de un hecho previsto como delito y si en su determinación es obligatorio valorar dicho hecho?. ¿No contiene acaso un reproche ético-social como la pena, aunque de una intensidad menor, pues el hecho previsto como delito no es otra cosa que la infracción de la norma de conducta, o lo que es un mismo, se trata de un hecho desvalorado por el derecho penal a tal punto que habilita la imposición de una reacción que incide directamente sobre la libertad del sujeto? ¿Qué se ha de entender por una elevada probabilidad de comisión de hechos futuros? ¿No es más conveniente considerar que las medidas de seguridad son sanciones y trasladarles todas las garantías propias del Estado de derecho?.

2. Y es que, en efecto, incluso quienes encuentran en la prevención especial el fundamento de las medidas de seguridad habrán de admitir que estas tienen necesariamente —y además es conveniente que sea así— naturaleza de sanción, al no ser posible imponerlas como consecuencia de un hecho penalmente prohibido. Por lo mismo, contienen un reproche: si el hecho cometido se califica de penalmente antijurídico y se le aplican consecuencias jurídicas penales, es porque al inimputable se le exigía que no lo realizara. Es verdad que la imposición de una medida de seguridad requiere además la constatación de la peligrosidad post-delictual, y que a partir de este dato se podría cuestionar la naturaleza retributiva de la medida de seguridad. Pero eso solo *añade* a la mencionada naturaleza retributiva un análisis prospectivo en el que se ha de determinar la *necesidad social* de la medida de seguridad. Este análisis abarcará el injusto cometido, por tratarse de un hecho en el cual ya se ha expresado la peligrosidad del sujeto sobre la cual el juez indaga.

Que el presupuesto en común de las medidas de seguridad y de la pena sea la infracción de la norma de conducta es algo que se sostiene con cotidiana frecuencia en doctrina³³⁴, aunque no sucede lo mismo con las consecuencias

334. Con múltiples referencias JESCHECK, Hans Heinrich y Thomas WEIGEND. Ob. cit., § 9 III 1.

sistemáticas que de ello se derivan. Aquí se resalta aquella en cuya virtud un *nhoeck & Ruprecht* e por el delito cometido (artículo 75 CP). Por el contrario, si las medidas de seguridad realmente persiguiesen únicamente fines de tratamiento, deberían durar tanto como fuera necesario para tratar la peligrosidad del sujeto. Dicho en pocas palabras, solo la retribución por el injusto cometido explica proporcionalidad de las medidas de seguridad³³⁵.

Aquí se transita por el sendero que traza la segunda opción, y se asume en consecuencia que las medidas de seguridad son sanciones que se imponen a inimputables que, al igual que la pena, retribuyen por la comisión de un injusto, aunque el reproche ético-social que expresan es de menor intensidad que el de la pena, como de menor intensidad es también el grado de exigencia de inimputable frente al del imputable de conducirse según la norma de conducta. En este esquema, la medida de seguridad se distingue de la pena, además, en que tiene vocación preventiva. Lo dicho en los párrafos anteriores debería servir para fundamentar esta tesis. Resta, sin embargo, abordar la cuestión de si y cómo un inimputable puede ser sancionado legítimamente en un Estado de derecho según los términos descritos.

VII.3. Imputabilidad e inimputabilidad

1. Tanto las personas a quienes la ley denomina imputables como a quienes califica de inimputables comparten la capacidad para vulnerar la norma de conducta y perpetrar comportamientos penalmente antijurídicos. Ambos, por tanto, merecen sanción. La razón que explica que unos necesiten «penas» y otros necesiten «medidas de seguridad» se ubica en la distinta intensidad con que se les exige adecuar sus actos al mandato normativo: quienes tienen la capacidad para comprender a cabalidad el sentido normativo de sus actos —imputables— responden con una pena, pero quienes solo han empezado a desarrollar dicha capacidad, y al momento de la comisión del hecho antijurídico no han alcanzado todavía el nivel que les permita comprender plenamente el sentido normativo de sus actos, no han logrado desarrollar toda su capacidad para comprender el sentido normativo de sus actos o la han perdido —inimputables— responden con medidas de seguridad³³⁶.
2. De lo anterior se derivan consecuencias importantes para la sistemática de la teoría del delito. Una de ellas es que la diferencia sustancial entre los presupuestos de las penas y de las medidas de seguridad no radica en la capacidad o

335. Esta crítica no es exclusiva frente a las medidas de seguridad, sino frente a la prevención especial. *De lege data* es posible emplear estas ideas para restringir la aplicación de las medidas de seguridad a aquellos delitos que tengan prevista pena privativa de libertad.

336. Que ambos sean sujetos culpables por la comisión de un injusto lo demuestra que frente a ambos reacciona el derecho penal con medidas penales, y que la diferencia es de grado, como lo es también la reacción frente al imputable relativo (artículo 22 CP): una vez superado el nivel de exigencia normativa mínima (capacidad de injusto) la elección de la consecuencias jurídica depende de las necesidades de pena en sede de «imputación personal», ahí se discute y gradúa el nivel de exigencia en concreto.

incapacidad de culpabilidad del sujeto a quien se le imponen —ya que ambos son culpables por el injusto cometido—, sino en la *magnitud* de dicha capacidad. Y también aquella otra en mérito a la cual quien no puede comprender el sentido normativo de sus actos o adecuar su conducta a dicha comprensión es inimputable y no puede realizar un comportamiento penalmente antijurídico (injusto), ya que no es lógico afirmar que una norma de conducta sea vulnerada por quien no tiene capacidad para comprenderla.

Para que un hecho pueda ser desvalorado como antijurídico tiene que poder ser vinculado con un sujeto. Un hecho de la naturaleza no puede ser antijurídico. Cuál es la intensidad o naturaleza de dicha vinculación genera discusión, pero debe aceptarse que el sujeto le aporta *algo* al hecho lo que determina su antijuridicidad. Ese *algo* es la capacidad para convertir el hecho en algo antijurídico, y ello, necesariamente, presupone que el sujeto tenga capacidad para transformar un hecho valorativamente neutro en un comportamiento penalmente desvalorado.

3. La íntima relación entre el planteamiento efectuado y el proceso de socialización sobre el que trabaja el derecho penal se aprecia con claridad³³⁷: el grado de socialización del imputable hace innecesario que la intervención penal se legitime en el intento de que alcance un nivel de comprensión de la realidad que ya detenta. Por el contrario, como quiera que el inimputable todavía no ha culminado su proceso de socialización, la medida de seguridad se legitima no solo como sanción retributiva por el injusto cometido, sino también como mecanismo para reducir o paliar el déficit de socialización.
4. Interpretar la peligrosidad post-delictual como déficit de «socialización penal» —como aquí se hace— justifica que no se imponga la medida de seguridad cuando el proceso de socialización pueda continuar sin el refuerzo de la medida de seguridad. Y también que el balance entre retribución y tratamiento que encierran las medidas de seguridad, lejos de lo que a primera vista pudiera parecer, se inserte plenamente en el modelo de Estado de derecho.

Lo anterior lo demuestran los casos en que el sujeto padece alguna grave enfermedad mental, o los casos de infantes, que ni siquiera tienen la posibilidad de aproximarse a la comprensión normativa de la realidad. Que en estos supuestos se renuncie a la medida de seguridad nada tiene que ver con que la peligrosidad del sujeto (aquí, déficit de socialización penal) no sea tratable o corregible, sino con el hecho de que ni siquiera existe una infracción de la norma penal. Expresado en otros términos, no es una situación de ausencia de necesidad social de la reacción penal, sino, antes, de carencia de mereci-

337. Socialización que significa poder comprender el sentido normativo de los actos y poder conducirse de acuerdo a dicha comprensión, y no respeto efectivo a los valores. Por eso la socialización penal se diferencia del mandato constitucional (artículo 139), en cuya virtud la ejecución de la pena privativa de libertad debe orientarse a la rehabilitación y reincorporación del penado en sociedad.

miento de sanción, pues no es legítimo castigar ni socializar con mecanismos penales a quien ni siquiera ha empezado el proceso de socialización y no se puede afirmar que lo hará³³⁸. En este sentido, la medida de seguridad solo se encuentra legitimada para *complementar* a los mecanismos pre-penales en el proceso de «socialización penal», y no para suplirlos en esta función que originariamente les corresponde.

VII.4. La cuestión terminológica y la apuesta por el sistema unitario

1. A partir de las ideas vertidas se deduce que las locuciones «imputable» e «inimputable», como también el término «culpable», adquieren aquí un significado distinto del que comúnmente se les asigna en la ciencia penal. No debe extrañar que sea así. En doctrina son ya muchas las sugerencias de nombrar al juicio de imputación del hecho antijurídico con vocablos distintos de «culpabilidad». Y si bien es cierto que la gran mayoría de ellos se origina en las deficiencias e insuficiencias de fundar la culpabilidad en el libre albedrío, cabe destacar, por ejemplo, que Mir Puig propone emplear la locución «imputación personal»³³⁹, Hruschka el de «imputación de segundo nivel»³⁴⁰, otros autores como Gimbernát renuncian por completo a la culpabilidad y la sustituyen por el «juicio de necesidad de prevención»³⁴¹, y otros, entre los que destacan Maurach³⁴² y Roxin, lo complementan con el de responsabilidad (aunque la conceptúan de manera distinta)³⁴³.

Aquí, partiendo de la vinculación entre derecho penal, derecho procesal y derecho de ejecución penal, se añade la necesidad de no perder de vista que si lo que se conoce como juicio de culpabilidad consiste en atribuir un hecho antijurídico a una persona —esto es, obligarla a hacerse cargo de su acto—, ello, en un Estado de derecho, solo puede tener lugar en el marco de un proceso penal. Fuera de él carece de objeto atribuir un hecho antijurídico y calificar de culpable a una persona.

Esto tiene consecuencias trascendentales para la sistemática de la teoría del delito. Aquí y ahora interesa llamar la atención sobre que la *imputabilidad*, como categoría jurídico-penal, significa *capacidad de injusto*, y como ese injusto se atribuye en el proceso penal, imputabilidad es también *capacidad suficiente de comprender el significado del proceso penal al cual se le somete al sujeto y en el cual se*

338. La medida de seguridad solo está legitimada entonces para complementar el proceso de socialización que normalmente debería darse de la mano de los mecanismos de control social pre-penales.

339. MIR PUIG, Santiago. Ob. Cit., pp. 519 y ss.

340. «Reglas de comportamiento y reglas de imputación». Baldó Lavilla (trad.). En Joachim HRUSHKA. *Imputación y derecho penal. Estudios sobre la teoría de la imputación*. Montevideo/Buenos Aires: B de F, 2009, pp. 11 y ss.

341. GIMBERNAT, Enrique. Op. cit.

342. MAURACH, Reinhart, Karl H. GÖSSEL y Heinz ZIFF. *Derecho penal. Parte general*, 2. Jorge Bofill Genzsch y Enrique Aimone Gibson (trads.). Buenos Aires: Astrea, 1995.

343. ROXIN, Claus. Op. cit., § 19 n.m. 1 y ss.

le atribuye el hecho antijurídico como hecho propio³⁴⁴, a tal punto que se le impone una sanción por ello; una medida de seguridad como mínimo. Pero es que además la categoría «imputabilidad» debe abarcar la capacidad para asumir las consecuencias penales del injusto, lo que explica el tratamiento que se dispensa a los casos en que el sujeto imputable, al momento de cometer el injusto o ser procesado, cambia de estatus a inimputable³⁴⁵. *Inimputable*, por tanto y al contrario, será aquel que no tiene, o no tiene todavía, o pierde cualquiera de esas capacidades.

2. Nótese que se tiene por imputable a quien tiene capacidad de comprensión de la ilicitud de sus actos y capacidad de comportarse según dicha comprensión, e inimputable es quien no la tiene, con lo cual, al ser el objeto de imputación una capacidad referida solo al injusto, se pierde la oportunidad de legitimar el sometimiento del sujeto al proceso penal y a todo lo que ello conlleva (limitación o restricción de la libertad o del patrimonio mediante medidas cautelares). Piénsese tan solo en que el conocido como inimputable —y que aquí recibe el nombre de imputable— es conducido a un proceso de naturaleza penal y se le imponen consecuencias penales (medidas de seguridad). En pocas palabras, se le imputa un injusto, tan igual como se le imputa al tradicionalmente conocido como imputable. Resulta por tanto más ajustado al lenguaje y al sentimiento jurídico propio de una concepción que integre al derecho penal, al derecho procesal penal y al derecho de ejecución penal, denominar a ambos *imputables*.
3. El término *inimputable*, lejos de perder vigencia, adquiere un sentido que aquí se considera más adecuado a los fines del derecho penal, del proceso penal, e incluso a la teoría de la determinación de la sanción³⁴⁶, y permite por lo demás ubicar esa categoría en la estructura del delito en un lugar donde pueda desplegar y explicar sus efectos. *In-imputable* solo puede ser aquel que no tiene capacidad de injusto, es decir, aquella persona que por diversas circunstancias no puede adecuar su conducta al mandato normativo y por tanto no se le exige hacerlo, o pudiendo hacerlo ello le supone un esfuerzo o riesgo tal que el sistema jurídico ya no se lo exige. El inimputable no tiene capacidad para dialogar en derecho penal. El derecho penal, lejos de desvalorar los comportamientos de los inimputables, solo podrá contemplarlos como quien observa caer la lluvia o cualquier otro aspecto de la realidad que no pueda ser normado.

344. QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. Ob. cit., p. 157 ss., en especial p. 160, ha propuesto que dicha capacidad para comprender el significado del proceso penal es la culpabilidad. Esta forma de entender la culpabilidad pone sobre la palestra la necesidad de valorar que a quien se le imputa el injusto en un proceso penal se le ha de reconocer también armas para su defensa (derecho de defensa en sentido amplio).

345. La razón de fondo nada tiene que ver con los pretendidos fines de prevención que la pena pueda tener, que aquí se rechazan, sino con la necesidad de imponer una medida de seguridad, que sí tiene, junto a los fines retributivos y finalidades preventivas.

346. Ha denunciado con razón QUINTERO OLIVARES. Ob. cit., p. 161, que las reglas de la determinación de la pena sean solo aplicables a los culpables (aquí habría que adecuar la terminología a sujetos a quienes se les impone pena no medidas de seguridad).

En tal sentido, el juicio de imputabilidad/inimputabilidad no solo es un presupuesto del delito: es, incluso, un presupuesto de cualquier diálogo penal entre el sujeto y el Estado que se extiende al proceso penal y a la ejecución de la pena. Por eso la inimputabilidad sobrevinida durante el proceso penal obliga a adecuar el juicio a la nueva situación jurídica. Lo mismo ocurre cuando la inimputabilidad sobreviene durante la ejecución de la pena, pues, entre otras razones, por más que el sujeto haya delinquido como imputable, la pena no podría cumplir su finalidad si ahora el infractor es inimputable. En tal caso se trataría de una simple y burda retribución carente de sentido valorativo y proscrita en un Estado de derecho.

4. Según estas consideraciones, el término *culpabilidad*, tal como se entiende en la doctrina mayoritaria, debe ser desalojado del arsenal jurídico-penal, y en su lugar, cuestionarse si concurren o no en el sujeto imputable los presupuestos que habilitan la imposición de una pena o de una medida de seguridad. Este juicio es el que se corresponde con la norma de sanción y versa sobre las eventuales necesidades sociales de imponer una u otra sanción penal. La principal consecuencia que se deriva de todo esto es el rechazo del sistema dualista que distingue entre penas y medidas de seguridad, y la consiguiente necesidad de apostar por un sistema unitario que, como propone Quintero Olivares, debe ser entendido como un sistema unitario de enjuiciamiento de la responsabilidad³⁴⁷.

Recibido:

Aprobado:

347. *Ibid.*, p. 161.

20^o

Aniversario

Escuela de Capacitación Judicial
"Dr. Arturo Zeledón Castrillo"
