



Año V - Vol. 1 Enero - Junio 2011



# Ventana

J u r í d i c a

No. 9

Año V - Vol. 1  
Enero - Junio 2011



aeen  
Asociación  
de Cooperación  
Internacional  
para el Desarrollo

PROYECTO: FORTALECIMIENTO DE LA INSTITUCIONALIDAD RELATIVA A LA CALIDAD DE LA JUSTICIA Y LA SEGURIDAD POR MEDIO DEL AUMENTO DE LA EFECTIVIDAD Y LA REDUCCIÓN DE LA IMPUNIDAD EN DELITOS CONTRA LA VIDA, LA INTEGRIDAD FÍSICA Y LA VIOLENCIA DE GÉNERO EN EL SALVADOR.

FASE II

PUBLICACIÓN DEL  
CONSEJO NACIONAL DE LA JUDICATURA



Unidad Técnica Ejecutiva  
del Sector de Justicia



## VENTANA JURÍDICA

PROYECTO: FORTALECIMIENTO DE LA INSTITUCIONALIDAD  
RELATIVA A LA CALIDAD DE LA JUSTICIA Y LA SEGURIDAD  
POR MEDIO DEL AUMENTO DE LA EFECTIVIDAD Y LA  
REDUCCIÓN DE LA IMPUNIDAD EN DELITOS CONTRA LA VIDA,  
LA INTEGRIDAD FÍSICA Y LA VIOLENCIA DE GÉNERO EN EL  
SALVADOR.  
FASE II

No. 9

REPÚBLICA DE EL SALVADOR

Año V - Vol. 1

Enero - Junio 2011

**PLENO DEL CONSEJO**

**Presidencia**

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  
 Lic. Santos Cecilio Treminio Salmerón  
 Licda. Marina de Jesús Marengo de Torrento

**Escuela de Capacitación Judicial**

Dr. Héctor Ramón Torres Reyes  
 Director  
 Lic. José Hugo Granadino Mejía  
 Sub - Director

Agencia Española de Cooperación Internacional

PROYECTO: FORTALECIMIENTO DE LA INSTITUCIONALIDAD RELATIVA  
 A LA CALIDAD DE LA JUSTICIA Y LA SEGURIDAD POR MEDIO DEL  
 AUMENTO DE LA EFECTIVIDAD Y LA REDUCCIÓN DE LA IMPUNIDAD  
 EN DELITOS CONTRA LA VIDA, LA INTEGRIDAD FÍSICA Y LA VIOLENCIA  
 DE GÉNERO EN EL SALVADOR.

**FASE II**

Doctor Juan Nicolau,  
 Coordinador General Oficina Técnica  
 Agencia Española de Cooperación Internacional

Doctor Roberto Rodríguez Meléndez,  
 Responsable de Gobernabilidad y Justicia, AECID  
 Embajada de España en El Salvador.

Unidad de Producción Bibliográfica y Documental, ECJ - CNJ

Los artículos publicados son de la exclusiva responsabilidad de sus autores

Presentación		i
1. Problemas de atribución de la responsabilidad penal derivada de la estructura jerárquica de la empresa en el Código Penal de El Salvador. Patricia Faraldo Cabana,		1
2. En delitos de conducción temeraria. Marco Tulio Díaz Castillo		29
3. Prueba ilícita, reglas de exclusión y la excepción de buena fe. Carlos Ernesto Sánchez Escobar		119
4. Principio y garantías constitucionales del Nuevo Código Procesal Penal. Ana Lucila Fuentes de Paz		173
5. Requisitos para limitar derechos fundamentales en el proceso penal. Samuel Aliven Lizama.		201
6. Balance de la Ley Penitenciaria tras trece años de vigencia Herbert Walter Aquino Silva		239

## PRESENTACIÓN

Producir diversidad de textos sobre las diferentes áreas temáticas del Derecho y promover el debate de la más abundante variedad de problemas suscitados en la praxis de la justicia –principalmente aquellos de mayor connotación y actualidad– son sólo algunos de los propósitos del, intensamente sostenido, trabajo académico y editorial de la Escuela de Capacitación Judicial "Dr. Arturo Zeledón Castrillo". Esta es una, entre muchas otras maneras, con las que nuestra academia judicial cumple el mandato constitucional –de asegurar el mejoramiento profesional de quienes protagonizan el sector justicia– responsabilidad estatal confiada al Consejo Nacional de la Judicatura; es en este contexto que se publica el número 9 de nuestro semestral esfuerzo editorial denominado Revista Ventana Jurídica.

El primero de los productos teóricos de esta edición, es el aporte de Patricia Faraldo Cabana –Profesora Titular de Derecho Penal, de la Universidad de Coruña de España– sustenta una exposición de contenido penal y mercantil, mediante un análisis de los diferentes problemas configurados en torno a las formas de autoría y participación delictiva en una empresa, como estructura jerárquica. La autora centra el énfasis en la esfera de la imputación subjetiva, respecto de dos relevantes sujetos procesales: quien decide la acción delictiva y quien la ejecuta, destacando la actuación de una persona física en el contexto de una estructura jerárquica, la de la empresa.

Otro valioso aporte, nutrido de la constante praxis judicial, es el artículo suscrito por Marco Tulio Díaz Castillo, quien además de ejercer como Juez Décimo Primero de Paz de San Salvador, es capacitador de nuestra Escuela Judicial; en su artículo nos ofrece una reflexión sobre los delitos de conducción temeraria, pues además de enunciar algunos aspectos interpretativos del tipo penal, invita a discutir los más controversiales derivados del concepto bien jurídico, citando para ello, una importante diversidad de jurisprudencia salvadoreña generada en torno al tipo analizado; con ello no sólo resalta la cantidad de fallos judiciales sobre el tipo delictivo de conducción temeraria, sino también la naturaleza contradictoria de algunas de esas resoluciones entre sí; un importante punto de partida para analizar posibles menoscabos a la seguridad jurídica.

Como un agradable paseo por el extenso campo del Derecho Probatorio, el distinguido capacitador de nuestra Escuela y conspicuo Juez del Tribunal Tercero de Sentencia de San Salvador –Carlos Ernesto Sánchez Escobar– nos comparte una interesante exposición sobre Prueba ilícita, reglas de exclusión y la excepción de buena fe; tópicos que le permiten comparar los modelos Continental y Common Law, sin omitir detalles sobre el origen, concepto y fundamento de la referida regla de exclusión.

A través del resultado académico obtenido en el Diplomado de "Temas Fundamentales de la Criminalidad Violenta y la Actividad Judicial" que llevó a cabo

el Consejo Nacional de la Judicatura durante los años 2009 - 2010, en la presente edición se nos muestra un valioso aporte de investigación denominado "Principios y Garantías Constitucionales del nuevo Código Procesal Penal", en el cual la Licenciada Ana Lucila Fuentes de Paz, Jueza Especializada de Instrucción de San Salvador, nos hace una reseña de los principios y garantías básicas en el proceso penal, a tenor de lo dispuesto en nuestra Constitución de la República, llevándonos a la idea y base que el Juzgador debe tener en la aplicación de las mismas en un caso en concreto, destacando a la vez la importancia que tienen las instituciones del Estado ante el compromiso del reclamo de justicia del ciudadano Salvadoreño, siempre enfocado en el total apego al general principio de legalidad.

Samuel Aliven Lizama, Juez Quinto de Instrucción de la ciudad de San Salvador y destacado capacitador judicial, nos expone el polémico tema de la limitación de los derechos fundamentales, en el contexto del Proceso Penal, que constituye, una de las más gravosas actuaciones estatales en perjuicio de la esfera jurídica de las personas, cuya concreción más palpable son esas afectaciones a la intimidad, a las comunicaciones, a la propiedad, a la libertad, entre otros derechos de primer orden. Se trata de una reflexión que sirve de plataforma para un debate sobre la limitación de derechos fundamentales, a partir de criterios rectores como: legalidad, justificabilidad constitucional, judicialidad, motivación y proporcionalidad.

Como un aspecto que viene mencionándose desde hace un tiempo a la fecha, el Licenciado Herbert Walter Aquino Silva, catedrático de Derecho Penitenciario y portavoz del Departamento de Disminución de Reos sin Sentencia de la Corte Suprema de Justicia, nos comparte el "balance de la Ley Penitenciaria tras trece años de vigencia", artículo que nos ofrece un panorama real de la vigente ley penitenciaria, sus efectos, y por variar, la judicialización de la ejecución de las penas privativas de libertad, así como nos muestra un balance real de los aspectos generales positivos y negativos que rodean la aplicación de la Ley penitenciaria, haciendo un recuento puntual de la complicada y delicada realidad penitenciaria en nuestro país.-

Así nuestras intenciones de interactuar con –e incidir en– el magnánimo gremio jurídico, dejamos en sus manos el número 9 de Ventana Jurídica, con el propósito de informar y estimular a quienes desde la magistratura, la judicatura, la actuación fiscal, el desempeño de la defensa y la representación pública o privada, participan y determinan la dinámica de los procesos judiciales y administrativos; escenarios en los que se define el rumbo de la jurisprudencia salvadoreña, cuyo futuro inmediato –aspiramos– pueda configurar un rostro más digno y más eficiente de la tan anhelada y vilipendiada justicia salvadoreña.

CONSEJO NACIONAL DE LA JUDICATURA

# 1. PROBLEMAS DE ATRIBUCIÓN DE LA RESPONSABILIDAD PENAL DERIVADOS DE LA ESTRUCTURA JERÁRQUICA DE LA EMPRESA EN EL CÓDIGO PENAL DE EL SALVADOR.

Patricia Faraldo Cabana  
Profesora titular de Derecho penal  
Universidade da Coruña, España

## Sumario.

Introducción. II. Autoría y participación en comisión activa. II.1. Autoría y participación en comisión activa en delitos comunes. II.1.1. Subordinado ejecutor. a) Subordinado desconocedor-dirigente conocedor. b) Subordinado conocedor-dirigente conocedor. c) Subordinado conocedor-dirigente desconocedor. II.1.2. Dirigente ejecutor. a) Subordinado desconocedor-dirigente conocedor. b) Subordinado conocedor-dirigente conocedor. c) Subordinado conocedor-dirigente desconocedor. II.2. Autoría y participación por comisión activa en delitos especiales. La actuación en nombre de otro. II.2.1. Subordinado ejecutor. a) Subordinado desconocedor-dirigente conocedor. b) Subordinado conocedor-dirigente conocedor. c) Subordinado conocedor-dirigente desconocedor. II.2.2. Dirigente ejecutor. a) Subordinado desconocedor-dirigente conocedor. b) Subordinado conocedor-dirigente conocedor. c) Subordinado conocedor-dirigente desconocedor.

## I. Introducción

El objeto de este trabajo es analizar los problemas que plantean las formas de autoría y participación en la empresa como estructura jerárquica, esto es, como organización caracterizada por la interrelación del principio de jerarquía y la división del trabajo. Esto da lugar a que con frecuencia quien decide la acción delictiva y quien la ejecuta sean personas distintas. La estructura vertical de la mayoría de las empresas propicia esa separación entre los dirigentes y los simples ejecutores. Además, el hecho de que en la empresa la información se concentre en los niveles superiores de la jerarquía produce problemas de imputación subjetiva cuando parte de los intervinientes en el delito obra con conocimiento de que se está realizando una conducta típica y otra parte desconoce ese dato. Estos problemas se añaden a los derivados de la división del trabajo entre quien decide y quien ejecuta. Asimismo tiene lugar una diferenciación funcional cada vez más intrincada que se correlaciona con un sistema de coordinación y delegación y que en el ámbito penal plantea numerosas cuestiones, en particular a la hora de determinar si el dirigente ocupa una posición de

garante que le obliga a responder por infracción del deber de vigilancia cuando los subordinados cometen delitos en el seno de la organización. Por tanto, el interés se centra en la intervención en el delito de dirigentes y subordinados, no siendo tema de análisis las cuestiones referidas a la toma de decisiones en órganos colegiados.

La regla general en los delitos comunes es la siguiente<sup>1</sup>: es autor en comisión activa quien realiza el hecho activamente de modo directo, conjuntamente con otros o instrumentalizando a otro. Es partícipe (instigador o cooperador) en comisión activa quien contribuye activamente al hecho del autor. Es autor en comisión por omisión únicamente aquella persona en cuya esfera de competencia se halla la evitación directa del hecho. Es partícipe en comisión por omisión aquella persona en cuya esfera de competencia se halla la posibilidad de instar a la evitación del hecho. Tratándose de un delito especial, que será el caso más frecuente<sup>2</sup>, hemos de tener en cuenta que sólo quien reúne las características exigidas por el tipo puede ser autor, lo que plantea ciertos problemas cuando quien realiza la conducta típica es el subordinado no cualificado. A estas estructuras debe superponerse el carácter doloso o imprudente del hecho de cada sujeto, que puede ser determinante a la hora de atribuir responsabilidad, en particular teniendo en cuenta que aunque son escasos los delitos imprudentes entre las infracciones contra el orden socioeconómico, el art. 257 CP recoge la modalidad imprudente de los delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente. Este dato nos permite realizar las siguientes distinciones: dirigente conocedor-subordinado conocedor; dirigente conocedor-subordinado desconocedor; dirigente desconocedor-subordinado conocedor. Además, en el ámbito de la criminalidad de empresa se ha de tener en cuenta el problema de la actuación de una persona física en representación de una persona jurídica, derivado de que la empresa suele realizar su actividad bajo la forma jurídica de una sociedad mercantil. A ello se añade que tiene un especial relieve el problema de la responsabilidad por omisión del dirigente por los hechos ejecutados por los subordinados

1. Sigo la propuesta de SILVA SÁNCHEZ, J. M., "Criterios de asignación de responsabilidad en estructuras jerárquicas", en BACIGALUPO ZAPATER, E. (dir.), *Empresa y delito en el nuevo Código penal*, CGPJ, Madrid, 1997, p. 19.

2. Señala MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho penal económico. Parte general*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1998, pp. 194-195, citando a ACHENBACH y SCHÜNEMANN, que "a diferencia de lo que sucede en el ámbito del Derecho penal nuclear, en el que la regla general es la existencia de tipos comunes, en la esfera del Derecho penal accesorio y, en particular, en la del Derecho penal económico la regla general es la contraria, o sea, el hecho de que la configuración del injusto típico se apoye, en la mayor parte de los casos, en la atribución de una determinada característica objetiva al autor... (ej. ser administrador de una sociedad, fabricante, comerciante, patrono o poseer un especial deber jurídico extrapenal de velar por la integridad del bien jurídico)".

o por otros dirigentes, que puede desglosarse a su vez en varios aspectos: los presupuestos de la responsabilidad en comisión por omisión, la posición de garantía de los dirigentes y la creación de un tipo penal o administrativo específico que castigue la infracción del deber de vigilancia en la empresa. Ahora bien, en este trabajo no se hará referencia ni a la actuación en nombre de otro ni al problema de la responsabilidad por omisión, que por su extensión merecerían un monográfico. Prescindo, asimismo, del análisis de la propuesta de hacer penalmente responsable a la empresa en sí misma considerada, pues en el Ordenamiento salvadoreño, en vista de la vigencia del principio "*societas delinquere non potest*", el problema central del tratamiento jurídico-penal de la criminalidad de empresa sigue siendo la imputación del hecho delictivo a personas físicas, al igual que ocurre en el Derecho penal español<sup>3</sup>.

## I. Autoría y participación en comisión activa

### II.1. Autoría y participación en comisión activa en delitos comunes

#### II.1.1. Subordinado ejecutor

Aparentemente la calificación como autor (único, mediato, coautor o autor accesorio, según las peculiaridades concurrentes en cada caso concreto) del subordinado o empleado que ejecuta directamente el delito común no presenta especiales dificultades<sup>4</sup>. La realidad es más compleja.

#### a) Subordinado desconocedor - dirigente conocedor

Los casos de subordinado desconocedor son supuestos de error regulados en el art. 28 CP. Algunos autores ponen de relieve que la posibilidad de apreciar un error de prohibición, y muy particularmente si se trata de un error invencible, disminuye conforme se eleva la posición

3. Cfr. SILVA SÁNCHEZ, J. M., "Responsabilidad penal de las empresas y de sus órganos en Derecho español", en SILVA SÁNCHEZ, J. M. (ed.), *Fundamentos de un sistema europeo de Derecho penal*, Bosch, Barcelona, 1995, p. 368. ZUGALDÍA ESPINAR, J. M., "Conveniencia político-criminal e imposibilidad dogmática de revisar la fórmula tradicional "*societas delinquere non potest*", CPC núm.11, 1980, p. 79, postula la revisión del principio, al observar "cómo las personas jurídicas, usufructúan los delitos, cómo los grandes delincuentes económicos - auténticos parásitos sociales- se cobijan tras firmas que no merecen otra calificación". Sin embargo, la vigencia del principio de irresponsabilidad penal de las personas jurídicas preconiza precisamente que se castigue al "parásito social", según expresión de ZUGALDÍA, y no al "caparazón" que lo recubre, como correctamente señala BAJO FERNÁNDEZ, M., "De nuevo sobre la responsabilidad criminal de las personas jurídicas", ADPCP 1981, p. 379.

4. Cfr. por ej., entre otros, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Parte general*, cit., p. 198; NÚÑEZ CASTAÑO, E., *Responsabilidad penal en la empresa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, p. 172; SILVA SÁNCHEZ, J. M., "Responsabilidad penal", cit., p. 369.

del sujeto en la empresa<sup>5</sup>, porque al subir en la jerarquía empresarial hay mayores exigencias en el deber de informarse. Ahora bien, un numeroso sector doctrinal ha manifestado su inquietud ante las consecuencias de la regulación del error vencible sobre la prohibición en el Derecho penal "secundario" en general debido a la abundancia de términos normativos jurídicos<sup>6</sup>. No voy a extenderme sobre esta polémica. Es oportuno, no obstante, señalar que a mi juicio un error sobre la amplia gama de elementos normativos jurídicos que se incluye en la esfera de los delitos que se cometen en el ámbito de la empresa debe ser caracterizado como error sobre el tipo<sup>7</sup>, caracterización que no sólo tiene relevancia en orden a la determinación de la pena o de la posibilidad de penar, sino también en lo que respecta a la participación, ya que si el error es de tipo la impunidad del autor cuando la conducta imprudente no es punible se extiende a los partícipes que hubieran intervenido con él, de conformidad con los principios de unidad del título de imputación y accesoriedad de la participación, mientras que no ocurre lo mismo en caso de que el error recaiga sobre la prohibición.

Cuando el subordinado ejecuta una acción objetivamente típica por orden de un dirigente, desconociendo que en su conducta concurren los elementos en que se basa la tipicidad, concurrencia que sí es conocida por el dirigente que ha dado la orden, la figura de la autoría mediata con instrumento que padece un error conduce a soluciones adecuadas<sup>8</sup>. De esta forma el dirigente sería considerado autor mediato por dominio de la voluntad. Respecto de la responsabilidad del subordinado, si el error sobre

5. Cfr. por ej., SILVA SÁNCHEZ, J. M., "Criterios", cit., pp. 36-37.

6. Vid. entre otros ARROYO ZAPATERO, L., "El Derecho penal económico en la RFA", en BARBERO SANTOS, M. (ed.), *La reforma penal: Delitos socio-económicos*, Universidad Complutense, Madrid, 1985, pp. 109 ss. Por su parte, TORIO LÓPEZ, A., "El error evitable de prohibición en el Proyecto de Código Penal. Indicaciones de política legislativa sobre la "teoría de la culpabilidad", en AA.VV., *La reforma penal y penitenciaria*, Universidad de Santiago, Santiago de Compostela, 1980, p. 247, considera que una punición general del error de prohibición vencible, aun con la pena atenuada del delito doloso, es político-criminalmente impropcedente y conduce a una excesiva extensión de la punibilidad. Del mismo autor, "Tipo, error de tipo, y de prohibición", en AA.VV., *Reformas penales en el mundo de hoy*, Instituto de Criminología, Madrid, 1984, pp. 111 ss.

7. Sobre esta cuestión, vid. con extensa y convincente argumentación MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., "Imputación subjetiva", en CGPJ, *Derecho penal económico*, Madrid, 2002, pp. 30 ss.

8. Cfr. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Parte general*, cit., pp. 199-200; RAGUÉS I VALLÈS, R., "Atribución de responsabilidades en el Derecho penal de la empresa", en AA.VV., *XXIII Jornadas Internacionales de Derecho Penal*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2001, pp. 252-253; SILVA SÁNCHEZ, J. M., "Responsabilidad penal", cit., p. 369. Queda constancia, no obstante, de que la falta de conocimiento en el ejecutor ha llevado a algunos autores a prescindir de la autoría mediata en los casos en que el error no se determina en el instrumento por medios comunicativos, esto es, cuando falta una relación psíquica entre el instrumento y el hombre de atrás, decantándose en su lugar por la autoría inmediata. Cfr. SCHUMANN, H., *Strafrechtliches Handlungsunrecht und das Prinzip der Selbstverantwortung der Anderen*, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1986, pp. 89-93. Por su parte, ROXIN, C., *Autoría y dominio del hecho en Derecho penal*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2000, aunque considera que se trata de una cuestión terminológica y prefiere seguir hablando aquí de autoría mediata,

el tipo causado o aprovechado<sup>9</sup> por el dirigente es invencible queda exento de responsabilidad criminal<sup>10</sup>. Si el error es vencible, la infracción es castigada, en su caso, como imprudente (primer inciso del art. 28 CP). En buena parte de los casos esto supondrá la impunidad del subordinado, al no preverse la modalidad imprudente en la mayoría de los delitos cometidos en el ámbito de la criminalidad de empresa, pero no ocurrirá así en los delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente. Cuando el error provocado o aprovechado por el dirigente es de prohibición la solución es similar para éste, que de nuevo debe ser considerado autor mediato por dominio de la voluntad<sup>11</sup>, pero distinta para el subordinado: de ser invencible el error sobre la prohibición da lugar a la exención de responsabilidad criminal; si es vencible, se atenúa la pena en los términos del art. 69 CP (segundo inciso del art. 28 CP).

Si no es posible calificar la conducta del dirigente como constitutiva de autoría mediata viene a colación la coautoría, dolosa por parte del dirigente e imprudente por parte del subordinado. Para hablar de coautoría es necesario que ambos compartan el dominio funcional del hecho, para lo cual no es preciso que ambos ejecuten de forma personal y directa el hecho típico. Pero aquí se añade el problema de la admisibilidad de la coautoría imprudente, negada por un importante sector doctrinal, aunque en la actualidad cada vez va ganando más adeptos la posición que la admite.

A este tema no se ha dedicado demasiada atención hasta que el punto de mira se ha centrado en las cuestiones dogmáticas de autoría y

afirma que el dominio del hecho en estos casos es muy próximo al dominio de la acción propio de la autoría inmediata, respondiendo el dominio de la voluntad en estos casos a un fundamento muy distinto del que se le otorga en las situaciones coactivas. Para BOLEA BARDÓN, C., *Autoría mediata en Derecho penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, pp. 183-184, se trata de un supuesto de autoría mediata, pues la falta de una decisión autónoma del instrumento en general no implica la anulación total de su voluntad, pudiendo llegar a detectar la manipulación practicada por el hombre de atrás e incluso negarse a conducir el proceso por cualquier otra razón, razones materiales que avalan incluir estos supuestos de ausencia de conocimiento en el instrumento en la autoría mediata.

9. Sobre la relevancia de la distinción entre provocación y utilización del error, vid. BOLEA BARDÓN, C., *Autoría mediata*, cit., pp. 184 ss, quien llega a la conclusión, a mi juicio correcta, de que la intervención activa de un sujeto en un proceso lesivo iniciado imprudentemente por otro sólo lleva a afirmar la autoría mediata cuando a través del engaño se convierte en el único interviniente que guía el proceso con conocimiento de su significado lesivo (p. 190). Afirma la irrelevancia cuando el hombre de atrás domina la cualidad lesiva de la acción, provocando o aprovechando una situación de falta de libertad del sujeto de delante para cometer el delito, siempre que la prestación del hombre de atrás tenga un significado objetivo de confirmación del hecho, HERNÁNDEZ PLASENCIA, J. U., *La autoría mediata en Derecho Penal*, Comares, Granada, 1996, p. 185.

10. Para una explicación del criterio que justifica la existencia del dominio de la voluntad en estos casos vid. ROXIN, C., *Autoría*, cit., pp. 196-198.

11. Únicamente cuando pueda afirmarse que también al dirigente falta la conciencia de la antijuridicidad del comportamiento realizado por el subordinado cabe apreciar en él instigación. Cfr. ROXIN, C., *Autoría*, cit., p. 225.

participación que se plantean en los casos de responsabilidad por el producto. En la doctrina alemana la negación de la coautoría imprudente responde, en primer lugar, a la adopción del concepto unitario de autor en el delito imprudente, pues se entiende que todo aquel que interponga de forma contraria al deber de cuidado una condición para el resultado es autor imprudente, sin que pueda distinguirse entre autoría y participación en los delitos imprudentes<sup>12</sup>. En segundo lugar, esta negativa se basa en la supuesta imposibilidad de apreciar el acuerdo común en relación con la comisión imprudente<sup>13</sup>, por lo que se acude a la autoría accesoria para solucionar el supuesto planteado<sup>14</sup>, lo que obliga a valorar aisladamente cada conducta distinguiendo los casos en que la aportación de un interviniente es suficiente por sí sola para producir el resultado de aquellos otros en los que se precisa la suma de las aportaciones<sup>15</sup>. Ahora bien, es obvio que el acuerdo entre los intervinientes en un delito imprudente no puede tener el mismo contenido que cuando todos actúan dolosamente, lo que supone que no puede exigirse que el autor imprudente abarque el resultado típico como fin al que se dirige la acción imprudente, "pero lo que sí es perfectamente factible en el delito imprudente es la existencia de un acuerdo entre los intervinientes o, en su caso, de un proyecto de actuación diseñado por un tercero que tenga por objeto la acción u omisión peligrosa que se va a realizar o que se realiza conjuntamente... en definitiva consiste, al igual que en el delito doloso, en la existencia de un conocimiento

12. Así, vid. por todos STRATENWERTH, G., *Strafrecht. Allgemeiner Teil. 1. Die Straftat*, 3. Aufl. Carl Heymanns Verlag, Köln-Berlin-Bonn-München, 1981, p. 306, 4. Aufl. 2000, p. 433. Vid. un detallado resumen de los argumentos utilizados por la doctrina alemana para justificar su postura en PÉREZ MANZANO, M., *Autoría y participación imprudente en el Código penal de 1995*, Civitas, Madrid, 1999, pp. 22-27.

13. En la doctrina alemana éste es el argumento más frecuentemente empleado. Vid. por todos HERZBERG, R. D., *Täterschaft und Teilnahme*, Beck, München, 1977, p. 73; JESCHECK, H. H./WEIGEND, T., *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*, 5. Aufl. Duncker & Humblot, Berlin, 1996, pp. 676-677; POSECK, R., *Die strafrechtliche Haftung der Mitglieder des Aufsichtsrats einer Aktiengesellschaft*, Nomos, Baden-Baden, 1987, p. 155. En España, entre otros, BACIGALUPO ZAPATER, E., *Principios de Derecho penal. Parte general*, 4ª ed. Akal, Madrid, 1997, cit., p. 365; CERESO MIR, J., *Derecho Penal. Parte general-Leciones 26-40*, 2ª ed. UNED, Madrid, 2000, p. 197; LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., *Autoría y participación*, Akal, Madrid, 1996, pp. 70-71; MORENO Y BRAVO, E., *Autoría en la doctrina del Tribunal Supremo (coautoría, autoría mediata y delitos improprios de omisión)*, Dykinson, Madrid, 1997, pp. 60-61.

14. Vid. por todos HAFT, F., *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Eine Einführung für Anfängsemester*, 8. Aufl., C. H. Beck, München, 1998, p. 204; JESCHECK, H. H./WEIGEND, T., *Lehrbuch*, cit., p. 655; SCHLÜCHTER, E., *Strafrecht. Allgemeiner Teil in aller Kürze*, 2. Aufl., EuWi, Thüningerschelm-Frankfurt a. M., 1998, p. 87. En España también se acude a la autoría accesoria cuando un curso causal es doloso y el otro imprudente. Vid. por todos, RODRÍGUEZ MOURULLO en CORDOBA RODA, J. RODRÍGUEZ MOURULLO, G., *Comentarios al Código Penal. Tomo I (Artículos 1-22)*, Ariel, Barcelona, 1972, p. 838.

15. Sobre los problemas que se plantean en el segundo caso, vid. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M., *La autoría en Derecho penal*, PPU, Barcelona, 1991, pp. 635-638, nota núm.344; LUZÓN PEÑA, D.-M., *Estudios penales*, PPU, Barcelona, 1991, p. 209, nota núm.26. La autoría accesoria no es en rigor un supuesto de codelincuencia, ya que está ausente el acuerdo para realizar conjuntamente el hecho. En este sentido, cfr. CORCOY BIDASOLO, M., *El delito imprudente: criterios de imputación del resultado*, PPU, Barcelona, 1989, pp. 349-350; CUERDA RIEZU, A., "Estructura de la autoría en los delitos dolosos, imprudentes y de omisión en Derecho penal español", en SILVA SÁNCHEZ, J. M. (ed.), *Fundamentos de un sistema europeo de Derecho Penal*, Bosch, Barcelona, 1995, p. 291.

recíproco de la actuación conjunta, pudiendo el mismo derivarse de la existencia de un acuerdo propiamente dicho entre los sujetos, ya sea expreso o tácito, o de un proyecto diseñado por un tercero"<sup>16</sup>. En el supuesto planteado puede afirmarse la existencia del acuerdo común entendido de esa forma. Por tanto, superada esta y otras objeciones, puede existir coautoría dolosa por parte del dirigente e imprudente por parte del subordinado en la realización del hecho típico.

Si no es posible afirmar la coautoría puede venir a colación la instigación dolosa del dirigente a una conducta de autoría imprudente o, más en general, a una conducta no dolosa por parte del subordinado<sup>17</sup>. Ahora bien, un importante sector de la doctrina española se muestra contrario a la admisión de la instigación a un hecho principal no doloso<sup>18</sup>, alegando, entre otras razones, que su rechazo se justifica ya por la propia esencia de la instigación, porque no es posible hablar de instigación ante la ausencia de una comunidad de voluntades referida a la producción de un resultado<sup>19</sup>, y que la imputación del resultado a título doloso al instigador

16. GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, M., *La responsabilidad penal del coautor*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, pp. 214-215. En el mismo sentido MIR PUIG, S., *Derecho Penal. Parte General*, 7ª ed. Reppertor, Barcelona, 2004 (5ª ed. 1998, p. 392); ROSO CAÑADILLAS, R., *Autoría y participación imprudente*, Comares, Granada, 2002, pp. 580 ss.

17. El art. 35 CP no se pronuncia expresamente acerca de la exigencia o no de un hecho principal doloso en la instigación, a diferencia del § 26 StGB, que desde la reforma de 1-1-1975 exige expresamente que el hecho principal al que se induce sea cometido dolosamente. Sobre la discusión doctrinal anterior y posterior a la reforma vid. GÓMEZ RIVERO, M. C., *La inducción a cometer el delito*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1995, pp. 358-364.

18. Vid. entre otros GÓMEZ BENÍTEZ, J. M., *Teoría jurídica del delito. Derecho penal. Parte general*, Civitas, Madrid, 1984, p. 143.

19. Así, GÓMEZ RIVERO, M. C., *La inducción*, cit., pp. 369-370, que apunta que "si la inducción comprende como primer momento típico el nacimiento de una resolución delictiva en el inducido, esto es, la realización de un injusto típico en el que tiene cabida el resultado, en aquellos casos en que el inductor incita al autor a realizar un comportamiento imprudente, lo que le hará surgir será la resolución de realizar una determinada actividad, pero en ningún caso su resolución comprenderá la producción de un injusto típico (con independencia de que ésta sea el resultado de su hacer) como requiere el concepto penal de inducción".

20. Cfr. GÓMEZ RIVERO, M. C., *La inducción*, cit., p. 370. Vid. también CUERDA RIEZU, A., "Estructura", cit., pp. 504 ss. Téngase en cuenta que en la actualidad se señala mayoritariamente que la accesoriadad de la participación no es absoluta sino relativa, en el sentido de que el injusto de la participación no se deriva simplemente del injusto del autor, sino que también contiene un injusto propio. En este sentido, por todos, PEÑARANDA RAMOS, E., *La participación en el delito y el principio de accesoriadad*, Tecnos, Madrid, 1990, pp. 335-336, que propone aceptar la distinción iniciada por HERZBERG, R. D., *Täterschaft*, cit., pp. 139-140, entre un aspecto negativo y uno positivo de la accesoriadad: el primero consiste en la dependencia de la participación respecto de un hecho principal con unas propiedades mínimas, de forma que sólo se puede castigar la participación cuando exista un hecho principal cometido típico-antijurídicamente y dolosamente (p. 139), no admitiendo ninguna quebra o excepción en este sentido negativo; el segundo consista en que el tipo de delito que rige para el autor y su medida de la pena son básicamente aplicables también para el partícipe, aunque éste no realiza por sí mismo los elementos del tipo en cuestión (p. 140), admitiéndose tantas quebras de la accesoriadad positiva que la regla general se convierta en excepcional, pues la transferencia al partícipe de los elementos del tipo del autor sólo tiene lugar de forma excepcional, es decir, allí donde no se entiende por sí misma y requiere una justificación dogmática (p. 141). Como puede observarse, se parte de la inclusión del dolo en el tipo según el esquema finalista. Por su parte, desde los planteamientos propios del concepto causalista de delito se puede llegar a la conclusión de que el elemento subjetivo del hecho del partícipe no queda cubierto por el principio de accesoriadad. Cfr. CUERDA RIEZU, A., "Estructura", cit., pp. 293-294, nota núm.55.

e imprudente al autor contradice los principios de unidad del título de imputación y de accesoriadad de la participación. Para solucionar el supuesto planteado se propone distinguir los siguientes grupos de casos<sup>21</sup>:

1º. Si el hombre de atrás conocía la imprudencia del autor, debida a que éste actuaba en situación de error vencible que le impedía comprender el alcance de su acción, se trataría de una autoría mediata, "ya que sería el aparente instigador quien tendría el verdadero dominio del hecho, de la producción del resultado, traducido en el dominio de la voluntad del autor al aprovechar su desconocimiento del verdadero alcance de la acción que ejecuta y respecto a la que, a lo sumo, sólo conoce su carácter peligroso"<sup>22</sup>.

2º. Si el hombre de atrás doloso creía que también el autor actuaba dolosamente, siendo así que éste se limitaba a obrar de modo imprudente, se niega que exista instigación consumada porque el hombre de atrás no hace nacer la resolución delictiva en el autor, aunque así lo crea, pues la voluntad de éste sólo se dirige a la realización de una actividad imprudente. La calificación del hombre de atrás como autor mediato doloso se hace depender de que se pueda apreciar en su actuación la eventualidad de que el suceso discorra de acuerdo con los esquemas de esta figura, y en caso contrario sería considerado como provocador del delito doloso que quería que realizara el ejecutor material, calificación que entra en concurso con la autoría mediata respecto del delito imprudente que efectivamente realiza<sup>23</sup>. Sin embargo, al no haberse iniciado siquiera la ejecución del delito doloso pretendido por el instigador la instigación se considera fracasada y por tanto no es punible<sup>24</sup>. lo que lleva a sancionar al instigador únicamente como autor mediato doloso del delito imprudente cometido por el subordinado. Ahora bien, otros autores admiten que en ocasiones los tipos de injusto del autor y del partícipe sean dispares, constituyendo por tanto excepciones a la regla que permiten afirmar la existencia de una participación dolosa en el delito imprudente. Estas excepciones se justificarían en el principio de responsabilidad subjetiva, de acuerdo con el cual cada interviniente en el delito debe responder conforme al tipo subjetivo que efectivamente ha realizado, pues en caso de conflicto entre este principio

21. Cfr. GÓMEZ RIVERO, M. C., *La inducción*, cit., pp. 370 ss.

22. GÓMEZ RIVERO, M. C., *La inducción*, cit., p. 371. En este sentido, entre otros, CORCOY BIDASOLO, M., *El delito imprudente*, cit., p. 350, nota núm. 239; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M., *La autoría*, cit., p. 581; GÓMEZ BENÍTEZ, J. M., *Teoría jurídica del delito*, cit., p. 143; MIR PUIG, S., *Parte General*, 5ª ed. 1998, cit., p.; QUINTERO OLIVARES, G., *Los delitos especiales y teoría de la participación*, Cymys, Barcelona, 1974, p. 68.

23. Así, GÓMEZ RIVERO, M. C., *La inducción*, cit., p. 375. Parece que también OLMEDO CARDENETE, M. D., *La inducción como forma de participación accesoria*, Edersa, Madrid, 1999, p. 779.

24. Es doctrina prácticamente unánime. Vid. por todos OLMEDO CARDENETE, M. D., *La inducción*, cit., pp. 787 ss.

este principio y el de accesoriadad es preferente el primero<sup>25</sup>. Ésta es la posición que me parece más correcta, pues permite valorar con mayor precisión las diferentes intervenciones en el delito.

Por último, también es posible que el dirigente doloso se limite a favorecer la conducta de autoría imprudente del subordinado, pudiendo entonces ser calificado como cooperador (necesario o no), repitiéndose aquí las objeciones de un sector doctrinal a la admisión de una conducta de participación dolosa en el delito imprudente, que no obstante podrían superarse apoyándonos en la preferencia por el principio de responsabilidad subjetiva frente a la del principio de accesoriadad.

Por lo demás, ha de tenerse en cuenta la existencia de un "numerus clausus" de delitos imprudentes, lo que en caso de subordinado ejecutor que actúa de manera imprudente supone que si la autoría imprudente no está sancionada expresamente en el delito de que se trate quedará impune no sólo la conducta del subordinado sino también la del dirigente que se limite a participar dolosamente en el hecho ajeno, por ej., cuando su conducta se califica como instigación. Sólo en caso de que pueda afirmarse a su vez una autoría (mediata), una coautoría o una autoría accesoria dolosas del dirigente podrá éste ser sancionado aunque el ejecutor material quede impune.

#### b) Subordinado conocedor - dirigente conocedor

El subordinado puede ser considerado autor del delito común que ha ejecutado materialmente. Su responsabilidad queda excluida o disminuida cuando ha actuado bajo coacción o por miedo, en cuyo caso se convierte en un instrumento en manos del autor mediato, el dirigente<sup>26</sup>. Ya he tenido ocasión de reflejar la discusión doctrinal y jurisprudencial acerca de la posibilidad de aplicar la eximente de obediencia debida en el ámbito laboral<sup>27</sup>. Desaparecida esta eximente, los casos que antes caían dentro de su ámbito de aplicación han de analizarse ahora dentro de las eximentes de estado de necesidad, miedo insuperable y cumplimiento de un

25. En este sentido CUERDA RIEZU, A., "Estructura", cit., pp. 294-295; PEÑARANDA RAMOS, E., *La participación*, cit., p. 355. Vid. también, aunque menos claramente, GIMBERNAT ORDEIG, E., *Autor y cómplice en Derecho penal*, Universidad Complutense, Madrid, 1966, pp. 309-310; RODRÍGUEZ MOURULLO en CÓRDOBA RODA, J./ RODRÍGUEZ MOURULLO, G., *Comentarios*, I, cit., p. 867.

26. Cfr. NÚÑEZ CASTAÑO, E., *Responsabilidad penal*, cit., pp. 174-177; SILVA SÁNCHEZ, J. M., "Responsabilidad penal", cit., p. 370.

27. Cfr. FARALDO CABANA, P., *Responsabilidad penal*, cit., pp. 312 ss.

deber, puntualizando algún autor que "las posibilidades de exención disminuyen a medida que se trata de sujetos que ocupan posiciones de responsabilidad más elevada en el seno de la empresa"<sup>28</sup>. Esta observación es correcta tanto si se refiere al error de prohibición, como si alude al estado de necesidad, al miedo insuperable o al cumplimiento de un deber, pues aunque tan presionable puede ser un director general como cualquier otro trabajador, lo cierto es que el personal de alta dirección suele contar con contratos blindados que les garantizan suntuosas indemnizaciones en caso de despido que, obviamente, no están al alcance de los demás empleados de la empresa, lo que puede disminuir las posibilidades de exculpación.

Ahora bien, respecto de la calificación del dirigente como autor mediato de un delito comisivo en el caso que nos ocupa, se ha señalado mayoritariamente que no es posible cuando el ejecutor material comete un delito con modalidades limitadas de acción, dado que en éstos únicamente puede ser autor quien materialmente utilice tales medios, pero no quien simplemente se limita a no impedir el hecho, que sólo puede ser calificado de partícipe<sup>29</sup>. Lo mismo se señala de los delitos de mera actividad. Llega incluso a apuntarse que "en la práctica sólo en raras ocasiones se reunirán las condiciones para que se pueda imputar a un órgano directivo un delito de comisión activa sobre la base de la conducta infractora cometida por un subordinado"<sup>30</sup>. Frente a esta postura que, repito, puede considerarse mayoritaria, me parece preferible la que afirma que la autoría mediata es perfectamente posible tanto en los delitos con medios determinados de acción como en los delitos de mera actividad, pues lo que la caracteriza es la puesta en marcha dolosa de un proceso lesivo cuya materialización queda en manos de otro sujeto, el ejecutor material, que es quien debe emplear los medios determinados o realizar la actividad, constituyendo el injusto propio del autor mediato la instrumentalización de otra persona para realizar el delito<sup>31</sup>. Recuérdese que he rechazado una concepción

28. SILVA SÁNCHEZ, J. M., "Criterios", cit., p. 36 (también en p. 37, donde apunta que "tal afirmación general no significa que sea absolutamente imposible que concurren en este grupo de sujetos algunas de las situaciones mencionadas más arriba... Sin embargo, si pretende poner de relieve la mayor dificultad de que prospere su alegación"). En el mismo sentido NÚÑEZ CASTAÑO, E., Responsabilidad penal, cit., pp. 176-177.

29. Así, cfr. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., Parte general, cit., p. 201. Ya antes, vid. GIMBERNAT ORDEIG, E., Autor, cit., pp. 224 ss.

30. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., Parte general, cit., p. 201, citando a FRISCH, W., "Problemas fundamentales de la responsabilidad penal de los órganos de dirección de la empresa", en LUZÓN PEÑA, D.-M./ MIR PUIG, S. (dirs.), Responsabilidad penal de las empresas y sus órganos y responsabilidad por el producto, Bosch, Barcelona, 1996, pp. 101 ss.

31. Admiten en estos casos la autoría mediata COBO DEL ROSAL, M./ VIVES ANTÓN, T. S., Derecho Penal. Parte general, 5ª ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, p. 679; QUINTERO OLIVARES, G., Delitos especiales, cit., p. 110.

objetivo-formal de la autoría que la identifique con la ejecución directa de la acción típica<sup>32</sup>. Por lo demás, estamos analizando supuestos de conductas activas dolosas tanto por parte del subordinado ejecutor material como por parte del dirigente. Partimos, pues, de que el dirigente ha intervenido activamente en la realización del hecho. Si se limita a no impedir el hecho del subordinado, pudiendo y debiendo hacerlo, nos encontramos ante la cuestión de la atribución de responsabilidad penal al dirigente en comisión por omisión, que analizaremos en otro apartado.

Descartada la autoría mediata por dominio de la organización en el ámbito de la empresa lícita<sup>33</sup>, un entendimiento suficientemente amplio de la coautoría, que no la identifique con la ejecución conjunta corporal directa de la acción típica, permite solucionar el supuesto planteado de subordinado y dirigente conocedores<sup>34</sup>. En particular, en el caso de subordinado doloso que ejecuta el delito cumpliendo las órdenes del dirigente la fijación en una teoría objetivo-formal de la autoría produciría el absurdo de convertir a los verdaderos responsables en partícipes de quienes actúan a sus órdenes<sup>35</sup>. Por tanto, desde ese entendimiento amplio de la coautoría puede afirmarse que el dirigente tiene el dominio funcional del hecho cuando planifica el delito en la fase preparatoria y actualiza esa función directora durante la ejecución.

Si ya es discutible con carácter general hacer equivalente la coautoría a una coejecución, todavía lo es más en el ámbito de la delincuencia empresarial pues en muchos delitos socioeconómicos y contra el medio ambiente la ejecución se dilata en el tiempo, pasando por varias etapas en las que no siempre intervienen los miembros del órgano de administración o de la cúpula dirigente que han decidido previamente y con todo detalle la maniobra delictiva<sup>36</sup>.

32. Cfr. FARALDO CABANA, P., Responsabilidad penal, cit., pp. 153 ss.

33. Cfr. FARALDO CABANA, P., Responsabilidad penal, cit., pp. 305 ss.

34. Cfr. entre otros LINARES ESTRELLA, A., Un problema de la parte general del derecho penal económico: el actuar en lugar de otro. Análisis del derecho penal español y cubano, Comares, Granada, 2002, p. 151; MUÑOZ CONDE, F., "Problemas de autoría y participación en el derecho penal económico, o ¿cómo imputar a título de autores a las personas que sin realizar acciones ejecutivas, deciden la realización de un delito en el ámbito de la delincuencia económica?", Revista Penal núm.9, enero 2002, pp. 81 ss; NÚÑEZ CASTAÑO, E., Responsabilidad penal, cit., pp. 186 ss.

35. Cfr. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., Parte general, cit., pp. 199-200; SILVA SÁNCHEZ, J. M., "Responsabilidad penal", cit., p. 369.

36. Cfr. MUÑOZ CONDE, F., "Problemas", cit., p. 82.

Cuando el delito cometido por el subordinado suponga la ejecución del plan diseñado por el dirigente que no actualiza su contribución en la fase de ejecución, éste puede responder como partícipe, ya sea a título de instigación, ya de cooperación (necesaria o no)<sup>37</sup>. Sin embargo, se ha objetado que las formas de participación "no se ajustan correctamente a la naturaleza de este tipo de intervenciones o rebajan la importancia de las mismas a un lugar secundario que no concuerda con el destacado papel que desempeñan en el ámbito de las organizaciones"<sup>38</sup>. La observación es certera, y en efecto se ha de hacer un esfuerzo en favor de determinar con cierta amplitud los criterios que permiten afirmar el dominio funcional del hecho del dirigente conjuntamente con el ejecutor material. Se entenderá que el dirigente actualiza en la fase de ejecución la contribución que ha prestado en la fase preparatoria al ordenar la comisión del delito cuando hace un seguimiento de las actividades realizadas por el subordinado en cumplimiento de la orden, cuando aprueba expresa o tácitamente estas actividades, cuando pide que se le mantenga al tanto y hace correcciones en el plan delictivo al hilo de los acontecimientos, etc.

La instigación es aplicable cuando el dirigente, sin realizar actos propios de la autoría ni facilitar la realización del hecho por el subordinado, directamente hace surgir en él la idea de cometer el delito.

En los casos en que el dirigente no actualice su contribución durante la ejecución delictiva, limitándose a intervenir en la fase preparatoria favoreciendo la comisión del delito, debe ser considerado cooperador (necesario o no). Igualmente debe calificarse de cooperador, ya dentro de la fase de ejecución del delito, al dirigente que colabora dolosamente en el hecho del subordinado mediante la realización de acciones que no son típicas.

### c) Subordinado conocedor - dirigente desconocedor

En este supuesto la persona directamente responsable por el delito común es el subordinado que lo ejecuta dolosamente. El dirigente que

37. Cfr. TERRADILLOS BASOCO, J., "Diez cuestiones en torno a los denominados 'delitos sociales'", en TERRADILLOS BASOCO, J., *Empresa y Derecho penal, Ad-Hoc*, Buenos Aires, 2001, p. 189. En torno a la dificultad del deslinde entre la cooperación necesaria y la complicidad en el ámbito de la empresa, vid. MUÑOZ CONDE, F., "Administración desleal e insolvencia punible: problemas de imputación personal", en AA.VV., *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos. In Memoriam. Volumen II*, Universidad de Castilla-La Mancha/ Universidad de Salamanca, Cuenca, 2001, pp. 361-368.

38. Cfr. MUÑOZ CONDE, F., "Problemas", cit., p. 83.

realice una intervención constitutiva de coautoría puede ser considerado coautor, aplicándosele la regulación del error de tipo o de prohibición, quedando condicionada su punición en el caso de error vencible sobre el tipo a que se trate de un delito que admita la modalidad imprudente de comisión, pues en otro caso queda impune (art. 28 CP).

El dirigente que intervenga en el hecho ajeno en error de prohibición puede ser considerado partícipe doloso en el delito común (criminalmente responsable o no según se trate de error vencible o invencible), mientras que si el error es de tipo su conducta no es punible, al no estar previsto legalmente el castigo de las formas imprudentes de participación<sup>39</sup>. Pero aunque se admitiera ese castigo siempre se ha considerado muy difícil admitir incluso conceptualmente la figura de la instigación imprudente<sup>40</sup>, presentando menos problemas la cooperación imprudente<sup>41</sup>. En cualquier caso, la impunidad de la participación imprudente no puede llevarnos a calificar una conducta que objetivamente es de participación (imprudente) como de autoría (imprudente)<sup>42</sup>.

39. La doctrina española mayoritaria entiende que las formas de participación imprudente son impunes por atípicas, al establecerse un sistema de *numerus clausus* de incriminación de la imprudencia en el art. 12 CP y no aludirse expresamente a ellas en los arts. 28 y 29 CP. Por todos, CUERDA RIEZU, A., "Estructura", cit., pp. 295-297; LUZÓN PEÑA, D.-M., *Curso de Derecho penal. I. Parte general*, Universitas, Madrid, 1996, p. 507; PÉREZ MANZANO, M., *Autoría*, cit., pp. 81 ss; de la misma autora, "La impunidad de la participación imprudente en el Código penal de 1995", *RDPyCrim 2ª época*, núm.1 extraordinario, 2000, pp. 142 ss; SILVA SÁNCHEZ, J. M., *El nuevo Código penal: cinco cuestiones fundamentales*, Bosch, Barcelona, 1997, p. 105. A favor del castigo de la participación imprudente, vid. extensamente ROBLES PLANAS, R., "Participación en el delito e imprudencia", *RDPyCrim 2ª época*, núm.6, julio 2000, pássim. En mi opinión, si bien conceptualmente puede distinguirse en los delitos imprudentes entre autoría y mera participación, y de hecho en la práctica así debe hacerse, de los arts. 32 y ss CP se desprende que las formas de participación (instigación y cooperación) han de ser dolosas. Dado que los preceptos sobre participación no prevén la forma imprudente, ésta es impune. Y ello tanto si se trata de participación imprudente en autoría imprudente como si es participación imprudente en autoría dolosa. Y si es impune la participación imprudente cuando hay acuerdo o conjunción de voluntades, previamente o en el momento del hecho, también son atípicas los casos de participación imprudente en sentido amplio, es decir, de participación simplemente objetiva o favorecimiento objetivo de la autoría, sin acuerdo o no consciente. En este sentido, vid. entre otros MUÑOZ CONDE, F./ GARCÍA ARÁN, M., *Derecho Penal. Parte General*, 6ª ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, 4ª ed., pp. 505-506; PÉREZ MANZANO, M., *Autoría*, cit., pp. 81 ss y 109 ss.

40. Así, en contra de esta figura, entre otros, BALDÓ LAVILLA, F., "Algunos aspectos conceptuales de la inducción", en MIR PUIG, S. y otros, *Comentarios a la jurisprudencia penal del Tribunal Supremo*, Bosch, Barcelona, 1992, p. 1115, nota núm.105; RODRÍGUEZ MOURULLO en CÓRDOBA RODA, J.J. RODRÍGUEZ MOURULLO, G., *Comentarios*, I, cit., p. 852; RUIZ ANTÓN, L. F., *El agente provocador en el derecho penal*, Edersa, Madrid, 1982, p. 279.

41. La aceptan RODRÍGUEZ MOURULLO en CÓRDOBA RODA, J.J. RODRÍGUEZ MOURULLO, G., *Comentarios*, I, cit., pp. 881 y 895; RUIZ ANTÓN, L. F., *El agente provocador*, cit., pp. 315-316. En contra, vid. BUSTOS RAMÍREZ, J., *Manual de Derecho penal español. Parte general*, Ariel, Barcelona, 1984, p. 340; MUÑOZ CONDE, F., *Teoría general del delito*, 3ª ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, cit., p. 185.

42. Advierten de este peligro, entre otros, CUERDA RIEZU, A., "Estructura", cit., pp. 296-297; PÉREZ MANZANO, M., *Autoría*, cit., pp. 82 ss; de la misma autora, "La impunidad", cit., pp. 142-148; SILVA SÁNCHEZ, J. M., *El nuevo Código penal*, cit., Como señala GIMBERNAT ORDEIG, E., *Autor*, cit., p. 298, "el principio de legalidad prohíbe que se considere a las acciones de inducción, cooperación necesario o complicidad, acciones de autoría si el CP no lo dice expresamente" (cursivas en el original).

### II.1.2. Dirigente ejecutor

La autoría del dirigente que ejecuta directamente el hecho delictivo no suele plantear problemas. Conviene distinguir, no obstante, los siguientes supuestos:

#### a) Subordinado desconocedor - dirigente conocedor

El dirigente que ejecuta directamente el delito común es autor doloso, mientras que el subordinado que colabore con él en error sobre el tipo o sobre la prohibición debe ser considerado, según la entidad de la aportación que realice, coautor o cooperador (necesario o no), teniendo después en cuenta lo señalado en el art. 28 CP. Por tanto, si incurre en error invencible sobre el tipo o sobre la prohibición queda impune. Si incurre en error vencible sobre el tipo (supuesto que incluimos aquí por razones sistemáticas, aunque en sentido estricto no podría afirmarse que el subordinado "desconoce"), su conducta es sancionada como imprudente, lo que supone que siendo coautor imprudente el castigo se subordina a la previsión expresa de la modalidad imprudente del delito cometido, quedando impune si no existe tal previsión; y tratándose de un cooperador imprudente queda impune, al no preverse en nuestro Ordenamiento el castigo de las formas imprudentes de participación. Si incurre en error vencible sobre la prohibición se le impone la atenuación prevista en el art. 69 CP. Ya hemos visto que la admisibilidad conceptual de la instigación imprudente es dudosa, y en cualquier caso tal figura de participación imprudente quedaría impune.

#### b) Subordinado conocedor - dirigente conocedor

El dirigente que ejecuta directamente el delito común es autor mientras que el subordinado, dependiendo de la entidad de su aportación, podrá ser coautor o cooperador (necesario o no). La autoría mediata sólo viene en consideración si alguno de los dos emplea el miedo o la coacción sobre el otro, en cuyo caso quien lo haga es autor mediato y el instrumento queda exento de pena por estado de necesidad o miedo insuperable, o bien recibe la pena del autor disminuida en uno o dos grados por la aplicación de alguna de estas eximentes como incompleta.

### c) Subordinado conocedor - dirigente desconocedor

Es posible que el dirigente ejecute el delito sin contar con el conocimiento de los elementos típicos exigido para el dolo, conocimiento que sí tiene el subordinado que colabora preparando la realización del delito. Se trata de casos en los que el dirigente toma decisiones con base en los datos que el subordinado aporta. Como señala RAGUÉS I VALLÈS<sup>43</sup>, "en muchas empresas los administradores siguen siendo quienes formalmente adoptan ciertas decisiones, pero, desbordados por el volumen de su trabajo, muy a menudo se ven obligados a confiar a ciegas en sus subordinados, limitándose, por expresarlo gráficamente, a estampar su firma en la documentación que éstos les preparan. En ciertos casos, esta adopción rutinaria de decisiones puede ser aprovechada por los inferiores jerárquicos para conseguir que se tomen determinadas decisiones que, en sí mismas, realizan el tipo objetivo de un delito", puntualizando que "si el subordinado provoca de forma no dolosa la decisión del superior jerárquico se planteará a lo sumo una responsabilidad a título de imprudencia tanto de uno como del otro sujeto". La ausencia de dolo en los dos sujetos determina la impunidad de ambas conductas cuando el delito en cuestión no se castiga en su modalidad imprudente.

Pues bien, tratándose de delitos comunes la autoría mediata permite llegar a soluciones adecuadas cuando se plantea la estructura que se acaba de exponer, al imputar al subordinado la autoría mediata dolosa del correspondiente delito, siendo el dirigente un instrumento que obra en error causado o aprovechado por el hombre de atrás. De nuevo en caso de error vencible de tipo el dirigente puede ser sancionado como autor del delito imprudente, siempre que éste se sancione expresamente<sup>44</sup>.

## II.2. Autoría y participación por comisión activa en delitos especiales. La actuación en nombre de otro

### II.2.1. Subordinado ejecutor

#### a) Subordinado desconocedor - dirigente conocedor

La característica escisión entre acción y responsabilidad que tiene lugar en el seno de las sociedades mercantiles, a consecuencia de la

43. RAGUÉS I VALLÈS, R., "Atribución", cit., p. 257 y nota núm.25.

44. Cfr. RAGUÉS I VALLÈS, R., "Atribución", cit., pp. 258-259.

actuación conforme a los principios de jerarquía y división de funciones, provoca en muchas ocasiones que el sujeto que actúa y realiza un hecho objetivamente relevante para el Derecho penal pueda no ser, sin embargo, penalmente responsable porque además de no reunir las características exigidas al sujeto activo actúe en situación de error provocado o aprovechado por sus superiores. En este caso podría construirse con respecto al superior un supuesto de autoría mediata. Este supuesto se plantea en relación con quienes ocupan los escalones intermedios e inferiores en la jerarquía empresarial, cuando, cumpliendo órdenes o instrucciones de los administradores, realizan objetivamente conductas que podrían ser constitutivas de delito si reunieran la cualificación subjetiva exigida por el tipo y no actuaran en situación de error. Debe puntualizarse que la posibilidad de establecer la autoría mediata se condiciona al hecho de que el instrumento utilizado no actúe de forma plenamente responsable, puesto que en caso afirmativo no se da la estructura propia de la autoría mediata, una vez descartada en el ámbito de la empresa lícita la autoría mediata con aparatos organizados de poder.

En la hipótesis de que el intraneus se valga de otra persona como instrumento para ejecutar el hecho es siempre autor mediato del delito especial<sup>45</sup>, pero respecto de la responsabilidad del instrumento deben distinguirse dos casos: que el instrumento sea otro intraneus o que sea un extraneus. En el primer caso nada impide la admisión de la autoría mediata del hombre de atrás y de la autoría inmediata del de delante. En el segundo caso, intraneus que se vale de un extraneus como instrumento para la realización del tipo, la cuestión es problemática por varias razones, siendo conveniente distinguir según se trate de un delito especial en sentido amplio o en sentido estricto. Tratándose de un delito especial en sentido amplio, el ejecutor no cualificado es sancionado como autor con base en el delito común<sup>46</sup>, aplicándosele las eximentes que correspondan por la coacción sufrida o lo dispuesto para el error, según se trate de una autoría mediata por dominio de la voluntad por coacción o por error. El hombre de atrás, como he anunciado, es autor mediato del delito especial. Tratándose de un delito especial en sentido estricto se discute acerca de la punibilidad de la autoría mediata con instrumento que sufre error y obra atípicamente<sup>47</sup>.

45. Quién pueda cometer el delito por sí mismo también puede llevarlo a cabo mediante un instrumento. Cfr. QUINTERO OLIVARES, G., Los delitos especiales, cit., pp. 114-115.

46. Cfr. QUINTERO OLIVARES, G., Los delitos especiales, cit., p. 98.

47. La discusión en Alemania se ha centrado en la cuestión de si es autor de asesinato u homicidio quien determina dolosamente a otro mediante engaño al suicidio, partiendo de la inexistencia de un delito de inducción al suicidio como el contenido en el art. 131 CP. Los términos del debate, teniendo

Desde la teoría del dominio del hecho se ha afirmado que en ningún caso existe autoría mediata del hombre de atrás, porque en el que ha sido determinado no se ha excluido la libertad. El punto de partida es esencialmente incorrecto, pues lo decisivo para la autoría mediata utilizando un instrumento que yerra no es tanto la libertad del ejecutor cuanto su comprensión real del concreto sentido de la acción<sup>48</sup>. Cuando se trata de un delito especial propio la actuación del ejecutor no cualificado no está contenida en ningún tipo penal; ahora bien, si un sujeto cualificado engaña a un no cualificado sobre el sentido de su acción debe desplazarse la base del enjuiciamiento de éste a aquél, pues ha de valorarse de forma completamente distinta la realización de una conducta atípica sin más que el comportamiento del hombre de atrás que mueve astutamente al no cualificado a realizar una conducta que, de reunir la cualificación exigida por el tipo, sería punible basado en error. Por tanto, también en los delitos especiales en sentido estricto existe autoría mediata del dirigente doloso cuando el delito es materialmente ejecutado por un instrumento que obra en error causado o aprovechado por él, esto es, la conducta típica es realizada por un subordinado no cualificado que desconoce la concurrencia de los elementos del tipo o sufre un error sobre la prohibición<sup>49</sup>. Dado que partimos de que concurren en el dirigente las características exigidas por el delito especial para ser considerado autor, ya sea directamente ya sea vía art. 38 CP, no se plantean problemas de tipicidad. Por su parte, el instrumento no cualificado que obra en error invencible sobre el tipo o sobre la prohibición queda exento de responsabilidad criminal (art. 28 CP). Si el subordinado no cualificado obra en error vencible sobre el tipo, admita o no el delito en cuestión la modalidad imprudente su conducta queda impune: nos encontramos ante un caso de instrumento no doloso no cualificado en delitos especiales, debiendo ser considerado cooperador necesario del hombre de atrás, y tratándose de una participación imprudente o neutral quedará impune. Por otro lado, también plantean problemas los delitos especiales con modalidades determinadas de acción, pues se entiende que el obligado respeto al principio de legalidad lleva a que sólo se admita la autoría mediata del cualificado en el delito especial en sentido estricto cuando su conducta puede subsumirse directamente en el tipo<sup>50</sup>,

en cuenta esta diferencia legislativa, pueden trasladarse a nuestro Ordenamiento.

48. Cfr. ROXIN, C., Autoría, 7ª ed. cit., pp. 252 ss.

49. Cfr. NÚÑEZ CASTAÑO, E., Responsabilidad penal, cit., pp. 207-208; RAGUÉS I VALLÈS, R., "Atribución", cit., p. 253.

50. Cfr. GIMBERNAT ORDEIG, E., Autor, cit., pp. 232-242. En el mismo sentido vid. GONZÁLEZ RUS, J. J., "Autoría única inmediata, autoría mediata y coautoría", en CGPJ, Problemas de autoría, Madrid, 1995, p. 117; OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E./HUERTA TOCILDO, S., Derecho penal. Parte general. Teoría jurídica del delito, 2ª ed. Rafael Castellanos, Madrid, 1985, p. 487.

mientras que si no es posible quedaría impune, al no existir un delito común del que pueda considerarse autor inmediato el extraneus. No estoy de acuerdo. La conducta típica en la autoría mediata consiste en instrumentalizar a otro, siendo éste quien sí debe realizar el comportamiento especificado en el tipo.

En cuanto a la cuestión de si el extraneus ejecutor puede ser coautor de los delitos especiales conjuntamente con el intraneus con el que domine funcionalmente el hecho, debemos tener en cuenta que la admisibilidad de la coautoría entre sujetos cualificados y no cualificados en los delitos especiales ha causado división en la doctrina. Para algunos autores, el extraneus puede ser coautor del delito especial en sentido estricto<sup>51</sup>, en particular cuando se trata de un delito compuesto de varios actos. Por el contrario, para otro sector doctrinal es imposible que el extraño pueda responder como coautor de un delito especial en sentido propio, ya que no reúne las condiciones requeridas por el tipo<sup>52</sup>, por lo que debe ser considerado cooperador necesario. Esta segunda posición es la que suscribo, puesto que si la coautoría es una forma de autoría no puede ser coautor quien no es autor idóneo según el respectivo tipo de delito. En los delitos especiales en sentido amplio, por su parte, el *intraneus* debe responder como autor del delito especial, mientras que el *extraneus* puede ser considerado autor del delito común correspondiente<sup>53</sup>, lo que supone romper la unidad del título de imputación, o cooperador necesario en el delito especial. Como señala DÍAZ Y GARCÍA<sup>54</sup>, "ambas calificaciones suponen un concurso de leyes, cuya solución dependerá sobre todo del sentido del delito especial y casi siempre (aunque no necesariamente siempre) llevará a preferir la calificación que suponga mayor pena para el *extraneus*". En cualquiera de los supuestos mencionados el extraño se beneficiará de los efectos de la apreciación de un error de tipo o de prohibición o de la imprudencia.

51. Vid. GIMBERNAT ORDEIG, E., Autor, cit., pp. 270 ss. En relación al delito de prevaricación, vid. OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E., La prevaricación del funcionario público, Civitas/ Instituto de Criminología de la Universidad Complutense, Madrid, 1980, pp. 415 ss; también OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E. J. HUERTA TOCILDO, S., Parte General, cit., p. 514.

52. Cfr. RODRÍGUEZ MOURULLO en CÓRDOBA RODA, J. J. RODRÍGUEZ MOURULLO, G., *Comentarios*, I, cit., p. 838. Es doctrina mayoritaria. Vid. entre otros DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M., "Autoría mediata, coautoría y autoría accesoria", en LUZÓN PEÑA, D.-M. (dir.), *Enciclopedia Penal Básica*, Comares, Granada, 2002, pp. 175-176; GONZÁLEZ RUS, J. J., "Autoría única inmediata", cit., p. 127; LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., "La participación y los delitos especiales", en CGPJ, *Problemas de autoría*, cit., p. 175.

53. Cfr. RODRÍGUEZ MOURULLO en CÓRDOBA RODA, J. J. RODRÍGUEZ MOURULLO, G., *Comentarios*, I, cit., p. 839; GONZÁLEZ RUS, J. J., "Autoría única inmediata", cit., p. 127.

54. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M., "Autoría mediata", cit., p. 176.a

Cuando la conducta del hombre de atrás cualificado es constitutiva de participación en el hecho ajeno, y no de autoría, queda impune en los delitos especiales propios, pues siendo atípico el hecho principal el principio de accesoriadad de la participación impide castigar al partícipe, aunque obre con dolo y reúna la cualificación exigida por el tipo<sup>55</sup>. Si se trata de delitos especiales impropios se propone que el partícipe *intraneus* responda con base en el delito común realizado por el autor no cualificado, puesto que al exigir la aplicación del delito especial que el autor sea una persona cualificada, en la hipótesis planteada no cabe en absoluto traerlo a colación<sup>56</sup>. No es posible construir la tipicidad del partícipe con base en un realización inexistente del tipo especial, por mucho que él sí sea portador de la cualificación exigida por el delito especial.

#### b) Subordinado conocedor - dirigente conocedor

Ya he hecho alusión a la discusión que suscita la posibilidad de coautoría entre sujetos cualificados y no cualificados en los delitos especiales.

La opción por una concepción objetivo-formal de la autoría se demuestra poco fructífera en los delitos especiales, amén de crearse lagunas de punibilidad en el supuesto que nos ocupa, en el que quien realiza las acciones de ejecución del delito no tiene la cualidad exigida por el tipo (por ejemplo, la de deudor, la de administrador de hecho o de derecho, la de obligado tributario) y, por tanto, todo lo más puede ser calificado como cooperador necesario<sup>57</sup>. En efecto, la presencia de delitos especiales supone un problema añadido que, como veremos, no siempre puede resolverse apelando a la cláusula que regula la actuación en nombre de otro, pues el art. 38 CP sólo se aplica al "que actuare como directivo o administrador de una persona jurídica o en nombre o en representación legal o voluntaria de otro", y aquí resulta difícil de encajar el supuesto del trabajador (pensemos en un contable) que en cumplimiento de las órdenes recibidas del consejero delegado o del consejo de administración realiza una falsedad societaria.

55. Recuérdese que estamos analizando los delitos de dominio. Los delitos de infracción de deber siguen un régimen completamente distinto.

56. Cfr. PEÑARANDA RAMOS, E., *La participación*, cit., p. 348; RODRÍGUEZ MOURULLO en CÓRDOBA RODA, J. J. RODRÍGUEZ MOURULLO, G., *Comentarios*, I, cit., p. 869.

57. MUÑOZ CONDE, F., "Problemas", cit., p. 77. Sobre la cuestión de la atenuación de la pena del partícipe *extraneus* en el delito especial, vid. la completa exposición de la doctrina española que ofrece RUEDA MARTÍN, M<sup>a</sup> A., "Reflexiones sobre la participación de extraños en los delitos contra la Administración pública", RDPC núm.8, 2001, pp. 162 ss.

No podría ser considerado autor el que tiene esas cualidades pero no ejecuta directamente el delito, salvo que se trate de un autor mediato que emplea la coacción o el error para instrumentalizar al subordinado conocedor que ejecuta directamente el delito<sup>58</sup>, o de un coautor que ostente el dominio funcional del hecho.

Fuera de los supuestos de instrumentalización del ejecutor, existe coautoría en el caso de superior y subordinado ambos conocedores y ambos *intranse* cuando entre los dos ostentan el dominio funcional del hecho. Ahora bien, no puede existir coautoría entre el dirigente *intranse* y el subordinado *extraneus*, aunque el ejecutor sea responsable y no un mero instrumento, porque el subordinado no tiene las cualidades o cualificaciones exigidas por el delito especial para la autoría. No existe otra solución que calificar la contribución del subordinado como cooperación (necesaria<sup>59</sup> o no) en el hecho del cualificado, como hemos visto al tratar el problema del instrumento doloso no cualificado en los delitos especiales propios.

La punición de la participación del cualificado en el hecho del no cualificado no puede admitirse en los delitos especiales en sentido estricto. No existe un hecho típicamente antijurídico al faltar la cualidad exigida en el sujeto activo, impidiendo entonces la accesoriedad que se castigue al *intranseus*<sup>60</sup>.

#### c) Subordinado conocedor - dirigente desconocedor

En esta estructura el subordinado conocedor ejecuta la acción típica, desconociendo el dirigente alguno de los elementos típicos o el significado antijurídico de la conducta. En este supuesto, siendo el subordinado *intranseus* responderá como autor del delito especial, mientras que el dirigente que haya colaborado imprudentemente de alguna forma en la realización del delito queda impune, al no ser objeto de sanción penal las formas imprudentes de participación en el delito. Si el subordinado es un *extraneus* la conducta es impune para ambos, salvo que pueda aplicarse

58. Vid. entre otros NÚÑEZ CASTAÑO, E., *Responsabilidad penal*, cit., pp. 207-208.

59. A favor, vid. NÚÑEZ CASTAÑO, E., *Responsabilidad penal*, cit., pp. 211-212.

60. Cfr. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M., *La autoría*, cit., p. 158, quien señala que la doctrina, al considerar injusto este resultado, acude a las construcciones de la autoría mediata por utilización de un instrumento no cualificado o a la de los delitos de infracción de deber, convirtiendo al *intranseus* en autor y al *extraneus* en partícipe.

el art. 38 CP y, por tanto, sea posible considerar al *extraneus* autor cualificado del delito especial por actuar en lugar de otro.

## II.2.2. Dirigente ejecutor

### a) Subordinado desconocedor - dirigente conocedor

El dirigente responde como autor del delito especial propio. El subordinado *extraneus*, que como hemos visto no puede ser coautor ni autor mediato, al carecer de la cualificación requerida por el tipo, queda impune si ha contribuido imprudentemente a la comisión del delito, al no sancionarse las formas imprudentes de participación. Tratándose de un delito especial impropio, el extraño puede ser coautor del delito común o partícipe en el delito especial, aplicándose la regulación del error o de la imprudencia, según corresponda.

### b) Subordinado conocedor - dirigente desconocedor

Hemos de distinguir según se trate de delitos especiales propios o impropios.

El dirigente responde como autor del delito especial propio. El subordinado *intranseus* puede ser coautor, instigador o cooperador en el delito, según la entidad de su contribución. El subordinado *extraneus* que realice una aportación propia del coautor únicamente puede ser instigador o cooperador (necesario o no) en el hecho ajeno realizado por el dirigente, salvo que la aplicación del art. 38 CP permita considerarle sujeto activo del delito especial, y por tanto coautor junto con el dirigente. En cuanto a la participación, el extraño o partícipe no cualificado responde con base en el delito especial<sup>61</sup>, ya que su responsabilidad se articula a partir de la figura de delito realizada por el autor principal cualificado. Se trata de mantener la unidad del título de imputación, cuestión que se halla en íntima conexión con el carácter accesorio de la participación. De esta forma, el *intranseus* sería autor del delito especial y el *extraneus* partícipe.

Así pues, es en la instigación y no en la autoría mediata o en la coautoría donde cabe incluir la conducta del *extraneus* organizador o planificador de la actuación delictiva de un grupo de sujetos o de un solo

61. Vid. PEÑARANDA RAMOS, E., *Concurso de leyes, error y participación en el delito*, Civitas, Madrid, 1991, pp. 26 ss, ofreciendo amplia bibliografía en nota núm.5.

sujeto, si no realiza otra actividad que ésa y no puede, por faltarle las cualidades exigidas por el tipo, considerársele autor, porque deja en las manos de otro u otros sujetos (los verdaderos coautores que, siendo *intranet*, realizan la acción típica), que actúan consciente y libremente, la realización del hecho típico. El organizador extraño no es autor aunque dirija de algún modo la ejecución, pero tampoco, aun no dando instrucciones durante la ejecución, cuando las que ha dado antes produzcan su efecto durante ella, ni cuando dé instrucciones a distancia durante la misma, ni cuando esté presente en la ejecución dando instrucciones. El cerebro organizador del delito no cualificado es instigador, si él ha hecho nacer en el verdadero autor la resolución delictiva; si no, es normalmente un cooperador necesario, lo que supone que en cualquier caso se le impone la pena del autor, sin necesidad de convertirlo en tal.

En los delitos especiales impropios el dirigente responde como autor del delito especial. El subordinado *intranet* puede ser coautor, instigador o cooperador en el delito especial, según la entidad de su contribución. El subordinado *extraneus* que realice una aportación propia de la coautoría puede ser considerado coautor del delito común<sup>62</sup>. Algún autor admite la posibilidad de que el extraño sea coautor del delito especial cuando el tipo esté compuesto por varios actos, pues se considera admisible que quien no podría ser autor único pueda, en cambio, realizar directamente algún acto ejecutivo de los varios que integran el tipo<sup>63</sup>. Sin embargo, si se parte de que acción ejecutiva es lo mismo que acción típica, esta postura no es admisible: no existe tipicidad cuando la acción es realizada por un extraño. Otro sector, alegando razones de justicia, también afirma que el extraño que interviene como coautor en el delito debe responder con base en el delito especial<sup>64</sup>.

### c) Subordinado conocedor - dirigente desconocedor

Esta estructura es notablemente problemática en los delitos especiales, puesto que quien reúne la cualificación exigida por el tipo para ser autor, el dirigente, carece de dolo o no es consciente de la antijuridicidad de la conducta, y en cambio quien sí cuenta con el conocimiento de los

62. Vid. por todos GÓMEZ BENÍTEZ, J. M., *Teoría*, cit., p. 157, para quien "cada uno responderá por el delito que realmente ha cometido: el especial o el común".

63. En este sentido, RODRÍGUEZ MOURULLO en CÓRDOBA RODA, J.J. RODRÍGUEZ MOURULLO, G., *Comentarios*, I, cit., p. 838.

64. Cfr. GIMBERNAT ORDEIG, E., *Autor*, cit., pp. 292 ss. Vid. también a favor de hacer responder al particular en función del delito especial QUINTERO OLIVARES, G., *Los delitos especiales*, cit., p. 80; OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E., *La prevaricación*, cit., p. 419.

elementos típicos o de la significación antijurídica de la conducta, el subordinado, carece de la cualificación típica y, por tanto, no puede ser considerado autor. En los delitos especiales en sentido amplio se suele afirmar que no hay inconveniente para castigar al subordinado como autor mediato del delito común<sup>65</sup>. La doctrina dominante niega la viabilidad de la autoría mediata en los delitos especiales propios cuando es un *extraneus* quien instrumentaliza a un *intranet*<sup>66</sup>. Como punto de partida hemos de tener en cuenta que la actuación imprudente del dirigente sólo podrá ser sancionada cuando el delito en cuestión castigue expresamente la modalidad imprudente, quedando impune en otro caso. Por su parte, la actuación del subordinado podrá encajar en ocasiones en el delito especial vía art. 38 CP. Cuando no sea posible, en los delitos especiales en sentido estricto se origina una laguna de punibilidad que se ha tratado de paliar considerando que la conducta del extraño puede ser entendida como participación en el delito especial<sup>67</sup>, o bien valorándola a tenor de los tipos que eventualmente realice por sí misma<sup>68</sup>, en cuyo caso podría concurrir idealmente con la participación. Si estas posibilidades no son viables la conducta del *extraneus* queda impune, pero esta consecuencia no puede justificar por sí sola la admisión de su autoría mediata, ya que el principio de legalidad exige que el extraño no pueda ser autor del hecho principal, siendo así que la autoría mediata es ante todo verdadera autoría: el autor mediato realiza el injusto típico como propio y su conducta es principal, no accesoria, caracterizándose por la instrumentalización del ejecutor sobre la base del error o de la coacción. Ante esta laguna de punibilidad se han propuesto *de lege lata* otras soluciones<sup>69</sup>.

65. Cfr. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M., "Autoría mediata", cit., p. 172; GONZÁLEZ RUS, J. J., "Autoría única inmediata", cit., p. 116; QUINTERO OLIVARES, G., *La participación*, cit., pp. 114-115.

66. Vid. por todos DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M., "Autoría mediata", cit., p. 172; GIMBERNAT ORDEIG, E., *Autor*, cit., pp. 229 ss; GONZÁLEZ RUS, J. J., "Autoría única inmediata", cit., p. 116; LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., "La participación", cit., p. 175; QUINTERO OLIVARES, G., *Los delitos especiales*, cit., pp. 111-115.

67. Cfr. GIMBERNAT ORDEIG, E., *Autor*, cit., p. 292; LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., "La participación", cit., p. 175; MUÑOZ CONDE, F., "Problemas", cit., pp. 87-88. No obstante, advierte DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M., *La autoría*, cit., p. 157, que al tratar de castigar al aparente autor mediato como partícipe del delito especial encontraremos con frecuencia que la conducta del sujeto cualificado no es típicamente antijurídica y, por tanto, las reglas de la accesoriadad limitada impiden de nuevo el castigo del *extraneus*.

68. Como la estafa, las falsedades documentales o la simulación de contrato en perjuicio de terceros, entre otros. Cfr. COBO DEL ROSAL, M.J. VIVES ANTÓN, T. S., *Parte General*, 3ª ed. cit., p. 576; MUÑOZ CONDE, F., "La responsabilidad de los órganos de las personas jurídicas en el ámbito de las insolvencias punibles", CPC núm.3, 1977, pp. 168 ss; del mismo autor, *El delito de alzamiento de bienes*, 2ª ed. Barcelona, 1999, pp. 105 y 185 ss; del mismo autor, "Problemas", cit., p. 88. RAGUÉS I VALLÉS, R., "Atribución", cit., pp. 259 ss, pone el ejemplo de un administrador que delega de facto la gestión de las operaciones bancarias en un administrativo, quien se encarga de preparar la documentación y de acudir a los bancos para que realicen las operaciones oportunas, limitándose el administrador a firmar de forma rutinaria las autorizaciones, aprovechando lo cual el administrativo ordena una serie de transferencias de fondos de la empresa a su favor, siendo firmados los documentos correspondientes por el administrador. La instrumentalización del administrador por parte del empleado reúne en sí misma los requisitos de un delito de estafa y puede, por tanto, castigarse autónomamente, sin tener en cuenta que la administración desleal imprudente del dirigente no es punible.

69. Sigo la detenida exposición de RAGUÉS I VALLÉS, R., "Atribución", cit., p. 265 ss.

1) Equiparar los casos de ignorancia deliberada al dolo. Éste sería el caso de quien estando en condiciones de conocer algo, opta por no hacerlo, prefiriendo ignorar el verdadero alcance y contenido de su decisión. De esta forma podría castigarse al dirigente como autor doloso del delito especial y al subordinado como partícipe también doloso. Y en efecto no debe olvidarse que un sector doctrinal sostiene que "el concepto de error, la equivocación, pese a la falta de diligencia, presupone un mínimo interés, entendido no como la actitud interna del sujeto, sino como elemento expresado externamente en la comisión del hecho. Quien no sabe por carecer de interés alguno en conocer, por rechazo o indiferencia o, incluso, por falta intencional de adquisición del conocimiento no incurre en error"<sup>70</sup>. Ahora bien, no puede generalizarse en exceso. Existen casos en que un sujeto no quiere saber más de lo que ya conoce porque es consciente de la posible comisión de delitos en cuyos detalles no desea profundizar. "En tal caso, el conocimiento con el que se cuenta inicialmente basta para afirmar la existencia de dolo eventual, de tal forma que deja de ser necesario acudir a la figura de la ignorancia deliberada para evitar la absolución"<sup>71</sup>. Pero en otros supuestos la ignorancia responde sin más a que el volumen de trabajo es tan elevado que el dirigente no puede entrar a conocer los detalles de cada actuación, por lo que "no parece nada claro que estas ignorancias deliberadas imputables a un exceso de atribuciones deban hacerse acreedoras de la misma pena que las comisiones dolosas"<sup>72</sup>.

2) "Entender que el mero desempeño de un determinado rol dentro del entramado empresarial o administrativo comporta la plena atribución al sujeto de los conocimientos que dicho rol presupone"<sup>73</sup>. Por tanto, quien ocupase una determinada posición no podría alegar en su defensa que desconocía los datos que por su posición debería conocer. Esta propuesta, que cuenta con algunos partidarios en la doctrina, es rechazable en la medida en que introduce en el juicio de imputación subjetiva el constructo del hombre medio ideal, en este caso del profesional medio ideal, más propio de la imputación objetiva, a lo que se añade que pasa por alto que, desde una óptica de valoración social, también en el ámbito de la empresa son creíbles algunas alegaciones de desconocimiento. No todos los dirigentes de empresa tienen el tiempo ni la formación universitaria o práctica necesarios para controlar el contenido de cuanta documentación

70. FELIP I SABORIT, D., *Error Iuris*, Atelier, Barcelona, 2000, p. 263.

71. RAGUÉS I VALLÈS, R., "Atribución", cit., p. 268.

72. RAGUÉS I VALLÈS, R., "Atribución", cit., p. 268.

73. RAGUÉS I VALLÈS, R., "Atribución", cit., p. 268.

pasa por sus manos. "La necesidad de mantener el doble nivel de imputación -objetiva y subjetiva- que exige el Derecho penal vigente obliga a tener en cuenta la posibilidad de esta clase de supuestos y, por tanto, impide la atribución automática de conocimientos a quien aparece como gestor formal de un determinado ámbito de competencias"<sup>74</sup>.

3) Agotar las posibilidades interpretativas que ofrece la figura del administrador de hecho, con el fin de aplicar el art. 38 CP para convertir al subordinado conocedor *extraneus* en autor mediato del delito especial propio. Aunque analizaré esta cuestión con más detenimiento en el siguiente apartado, conviene adelantar que la delimitación del concepto de "administrador" ha generado una gran controversia, ya que existe una noción jurídico-mercantil que algunos autores han querido trasladar a la interpretación de este concepto en materia de actuaciones en nombre de otro. Estamos ante un término típico pendiente de valoración, cuyo sentido debe ser investigado a la luz de las reglas de interpretación y de los fines propios del Derecho penal. Pues bien, con arreglo a estas reglas de interpretación es evidente que se ha de otorgar a la expresión "administrador" un significado amplio, que atienda no tanto a la relación formal entre el sujeto y la sociedad cuanto a la relación material fáctica entre ese sujeto y el bien jurídico protegido. Para ello es necesario indagar en torno a la fundamentación de la categoría de los delitos especiales, puesto que la elección del legislador cuando configura determinadas infracciones como delitos especiales no es meramente discrecional sino que se justifica por la naturaleza del bien jurídico penalmente protegido y de los intereses subyacentes a la regulación legal, ya que se ha acotado el círculo de posibles sujetos activos "en atención, no a la cualidad de la persona o, al menos, no en primer término, sino que normalmente sólo esas personas tienen a su alcance el bien jurídico protegido y sólo ellas pueden por tanto protegerlo o agredirlo"<sup>75</sup>. El legislador describe en estos casos como autores idóneos del delito especial a "sujetos que desde posiciones o status diferentes están, sin embargo, en idéntica relación material con el bien jurídico"<sup>76</sup>. En efecto, el bien jurídico protegido en los delitos especiales

74. RAGUÉS I VALLÈS, R., "Atribución", cit., p. 273. Pone de relieve la tendencia jurisprudencial a imputar responsabilidad al representante de la empresa por el hecho que se atribuye a la persona jurídica, sin comprobar siquiera si conoce la comisión del ilícito, ZÚNIGA RODRÍGUEZ, L., *Bases para un modelo de imputación de responsabilidad penal a las personas jurídicas*, 2ª ed. Aranzadi, Pamplona, 2003, p. 184.

75. GRACIA MARTÍN, L., *El actuar en lugar de otro en Derecho penal. I. Teoría general*, Universidad de Zaragoza, Zaragoza, 1985, p. 127.

76. GRACIA MARTÍN, L., "Instrumentos de imputación jurídico penal en la criminalidad de empresa y reforma penal", AP 1993 I, p. 27.

"se encuentra con respecto a los miembros de la comunidad social en una posición diferente a la de los bienes jurídicos de los tipos de los delitos comunes... (estos bienes jurídicos) no se encuentran en el espacio social abierto a todos, pues únicamente pueden desempeñar su concreta y específica función social dentro de determinadas, limitadas y, por ello, "cerradas" estructuras sociales. Estas estructuras sociales... son "cerradas" porque están generalmente al servicio de la realización de funciones sociales muy específicas y, a diferencia de lo que sucedía anteriormente, los bienes jurídicos integrados en tales estructuras se encuentran involucrados permanentemente en el ejercicio de la función. De manera que este ejercicio está permanentemente afectando al bien jurídico implicado en la función. Si el ejercicio de la función se lleva a cabo de un modo correcto el bien jurídico cumplirá la función social a la que está destinado. Un ejercicio incorrecto de la función, es decir, desviado de los fines a los que sirve, dará lugar a la frustración del cumplimiento de la función del bien jurídico conforme a las expectativas sociales y, con ello, a la lesión o peligro de éste. Dando un paso más en este análisis se llega a detectar que la competencia para el ejercicio de estas funciones específicas en el que se hallan involucrados determinados bienes jurídicos está atribuida sólo a determinadas clases de sujetos, de modo que, en principio, no cualquier miembro de la comunidad social puede participar en aquel ejercicio". De esta forma, el fundamento material de los elementos de la autoría de los delitos especiales radica "en el ejercicio de una función específica determinante de la constitución de una estrecha y peculiar relación entre el sujeto competente para su ejercicio y el o los bienes jurídicos involucrados de un modo esencial en el ejercicio de aquella función. A esta relación la denomino relación de dominio social"<sup>77</sup>. La relación de dominio social constituye, además del fundamento material de los elementos de la autoría en los delitos especiales, el fundamento material de las posiciones de garante, de forma tal que los delitos especiales de dominio social son, asimismo, delitos especiales de garante.

De lo dicho se deriva que lo decisivo para el delito especial no es el *status* formal con el que el legislador describe al sujeto activo del delito, sino la relación material de dominio social típico en virtud de la competencia para el ejercicio de una función. Por tanto, para delimitar quiénes pueden ser incluidos en la expresión "administrador" hemos de acoger una fundamentación material orientada en la línea de la teoría del dominio

77. GRACIA MARTÍN, L., "Instrumentos", cit., p. 229.

social, en atención a la cual se ha de exigir que la actuación del administrador de hecho sea materialmente idéntica a la del administrador de derecho. Esta identidad existe cuando el sujeto ejerce de hecho las funciones propias del cargo de administrador, en cuanto que órgano de gestión y representación de la sociedad, con la aceptación al menos tácita de la sociedad y frente a terceros, puesto que éstas son las notas que caracterizan la actuación de los administradores de derecho. Las consecuencias que de esta posición se derivan se podrán observar claramente a la hora de concretar quiénes pueden ser considerados administradores de hecho en el art. 38 CP.

## 2. EN DELITOS DE CONDUCCIÓN TEMERARIA

Marco Tulio Díaz Castillo

Juez 10° de Paz de San Salvador

Capitador de la ECJ

*A mi esposa Flor de María y a mi hija Adriana:  
Por ellas es posible soñar con un país mejor.*

*A mis padres, ejemplo de lucha incansable por  
sobrevivir en un país en el que todo les era adverso.*

"Pitágoras declara que "todo es materia de discusión a favor y en contra con argumentos igualmente válidos, que incluso se puede discutir para saber si es posible discutir igualmente de todo"...Sócrates decía: "Solo sé una cosa, y es que no sé nada". Una muy humilde profesión de ignorancia a la que Arquesilas reprocha, sin embargo, su audacia, al afirmar que ni siquiera se puede saber que no se sabe nada."

Francesco Petrarca.

(Mi ignorancia y la de tantos otros)

### Sumario.

Introducción. Capítulo I. Objeto de tutela en la criminalización de la conducción temeraria. Capítulo II. El tipo penal en nuestro ordenamiento jurídico. Capítulo III. Problemas concursales. Capítulo IV. Problemas Procesales derivados del delito de conducción temeraria. Conclusiones. Bibliografía.

### I. INTRODUCCIÓN.

Toda nueva realidad normativa genera dificultades en su aplicación y solo con el tiempo se van asentando criterios de interpretación dotados de alguna racionalidad. La criminalización de la conducción temeraria no ha escapado a esas circunstancias y eso se ha puesto de manifiesto en la gran diversidad de decisiones que se han venido pronunciando con relación a algunos aspectos de este tipo penal, que no son solo jurídico penales, sino además de carácter procesal y en algunos casos también constitucionales. Al decir que han sido decisiones con carácter diverso, lo que queremos significar es que en muchas oportunidades son incluso decisiones contrapuestas y no solo diferentes, lo cual puede en algún



momento generar menoscabos a la seguridad jurídica.

Por ello es que el esfuerzo de esta investigación ha estado orientado hacia la identificación de esos aspectos divergentes en la interpretación del tipo penal, tanto aquellos que tienen que ver directamente con el delito y por tanto que involucra aspectos jurídico penales, como los que han sido de contenido procesal y constitucional.

La lectura del trabajo provocará la impresión de que no ha habido tratamiento de las implicaciones constitucionales generadas por la criminalización de la conducción temeraria; eso está determinado por la ausencia de un capítulo que en particular se ocupe de ese tema; pero una lectura más detenida del trabajo permitiría identificar que los aspectos constitucionales son un eje en torno al cual giran algunos de los temas tratados en cada uno de los capítulos que componen el trabajo. Así, el tema del bien jurídico ineludiblemente está acompañado de criterios constitucionales, por cuanto se trata de un principio limitador del Derecho Penal, y así se advertirá en el capítulo primero, que está destinado precisamente a la identificación del bien jurídico que se ha pretendido tutelar con la tipificación de la conducción temeraria. También podrá identificarse aspectos constitucionales en el tema de los problemas concursales, porque aunque sea de manera sucinta se establece ahí el principio de responsabilidad subjetiva, conocido también como de culpabilidad, como una gafa obligada en la solución de los problemas concursales derivados de esta clase de comportamientos. En ese capítulo igualmente se fija como principio fundamental para la decisión de la clase de problemas mencionados, el de única persecución o de prohibición de doble persecución; principio de obvia raigambre constitucional.

Como se dijo, pues, los aspectos constitucionales han de ser una constante en muchos pasajes del trabajo.

Más fácil ha de ser la ubicación de aquellos aspectos de carácter penal y procesal, porque ellos sí que se encuentran claramente nominados en cada uno de los capítulos que estructuran el resultado de la investigación.

El bien jurídico protegido ha sido un tema prioritario y por eso su tratamiento ha sido objeto de un solo capítulo. No hemos querido entrar de inmediato en la identificación de cuál o cuáles sean los bienes jurídicos

a los que el Estado les ha dispensado protección penal a partir de la tipificación de la conducción temeraria, porque entendimos como un compromiso, personal si se quiere, anteponer a esa identificación una reseña de los vaivenes del concepto de bien jurídico. Creímos que eso nos llevaría a asumir una postura más objetiva —o cuando menos mejor argumentada— a la hora de decidir qué bienes jurídicos son objeto de tutela penal en el delito que ha sido objeto de nuestra investigación.

En los capítulos segundo y tercero, el tema de las implicaciones penales se hace evidente. El segundo capítulo está destinado al análisis del tipo penal en su completa dimensión. No nos apartamos, en la exposición que hacemos en este capítulo, de las diferentes categorías sistemáticas de la teoría del delito; descomponemos el tipo penal en sus dimensiones objetiva y subjetiva; pero también revisamos los temas concernientes a la antijuridicidad, culpabilidad y penalidad del delito. También ha sido objeto de la investigación, y ha quedado plasmado en este apartado, el tema relativo a la coexistencia de infracciones administrativas y penales relativas a la conducción temeraria y las consecuencias que ello puede provocar, particularmente en lo que concierne al mandato contenido en el art. 11 Cn, es decir a la prohibición de doble persecución o *non bis in idem*. cupándonos siempre de temas penales, el capítulo tercero lo destinamos a los problemas concursales. A aquellos problemas que tienen origen en la provocación de resultados lesivos derivados de actividades de conducción temeraria. Consideramos urgente este tema, aunque el capítulo parece breve, porque tiene serias implicaciones en el respeto del principio de responsabilidad subjetiva. La jurisprudencia consultada revela que éste es uno de los problemas al que se le ha dado las soluciones menos satisfactorias; como se ha de advertir, unos mismos tribunales han ofrecido respuestas distintas y quizá hasta contradictorias sobre este tema.

Como dijimos, también en el ámbito procesal se han puesto de manifiesto algunas dificultades en el enjuiciamiento de conductas imputadas a título de delito de Conducción Temeraria de Vehículo de Motor. Ha sido hasta en el cuarto capítulo donde nos hemos detenido a revisar esta clase de problemas; pero específicamente lo relativo a la naturaleza jurídico-procesal del alcoholtest y de la evaluación médica de embriaguez y al valor que tales actos puedan tener en cada una de las etapas del proceso.

Es así, pues, como hemos estructurado el trabajo, con la pretensión de abarcar la casi totalidad de problemas que ha originado la configuración

legislativa de un tipo penal novedoso en nuestro ordenamiento jurídico penal, porque el mismo no cuenta con antecedentes, que no sea la regulación de unas conductas similares, pero quizá no completamente iguales, en el ámbito administrativo.

## CAPITULO I. OBJETO DE TUTELA EN LA CRIMINALIZACIÓN DE LA CONDUCCIÓN TEMERARIA.

Que con el solo título de este apartado hagamos evidente que nos vamos a ocupar a partir de este momento, de escudriñar cuál ha sido el bien jurídico que el legislador ha estimado tan valioso como para dispensarle protección penal al elevar a la condición de delito la conducción temeraria, no puede de ninguna manera llevarnos a dar por obvio algo que todavía se encuentra en discusión, si es que no en actual construcción teórica en la doctrina penal. No podemos admitir como concluidos los temas relativos a la definición que debe recibir el concepto de bien jurídico, a cuál es su contenido material o cuales sean sus funciones al interior del sistema penal, porque la propia doctrina no acaba todavía por asumir posiciones unánimes con relación a esos temas.

Por esa falta de conclusiones definitivas no solo en lo que concierne al concepto mismo de bien jurídico, sino en lo relativo a su función y a su contenido material, es que no podemos pasar de inmediato al esfuerzo de análisis que supone la identificación del bien jurídico que se ha querido proteger en el art. 147-E CP; porque se impone, como una obligación intelectual, mencionar cuando menos aspectos puntuales que revelen lo controversial que ha sido y sigue siendo este concepto o categoría jurídica. Por supuesto que escapa a los propósitos y alcances de este trabajo el desarrollar de manera pormenorizada cuáles son los avatares por los que este concepto ha pasado en un proceso que más que una evolución<sup>1</sup>, ha representado un vaivén entre su desarrollo y algunos momentos de regresión, hasta su casi anulación o cuando menos la anulación de su función de límite a los impulsos del poder del legislador por criminalizar casi cualquier comportamiento y por casi cualquier razón que no sea necesariamente la de proteger bienes jurídicos.

1. Si bien afirma Donna, citado por Gonzalo D. Fernández, que "los conceptos en derecho penal no surgen de un golpe de suerte ni de la magia de la inercia, sino de una evolución, hecha de avances y retrocesos, con ideas que vienen y van", el propio concepto de evolución afirma por sí mismo una progresión, un paso hacia adelante en el desarrollo, en este caso, de un concepto; pero no "avances y retrocesos". De hecho, hoy mismo perviven posiciones teóricas que justifican la exclusión del concepto de bien jurídico; pero además la realidad expansiva del derecho penal actual, podría ser signo del estancamiento o retroceso en la función del bien jurídico. Ver Gonzalo D. Fernández, *Bien jurídico y sistema del Delito*, pag. 87.

En todo caso, lo relevante de prestar atención a los temas mencionados, es que eso nos permitirá asumir alguna posición respecto de ellos, lo que luego se ha de manifestar útil en la identificación concreta del bien jurídico protegido por el legislador en el delito que constituye objeto de nuestra investigación. Además, como lo veremos, una posición clara y sin ambigüedades en el tema del bien jurídico proyectará su utilidad en otras áreas de esta investigación como en la identificación de la naturaleza del delito de conducción temeraria, en la determinación de quien o quienes pueden ser sujetos pasivos de este delito, así como en la resolución de problemas concursales de este con otros delitos.

### A) Aspectos controversiales derivados del concepto de Bien Jurídico.

Aunque antes hemos hecho mención de tres temas en los que aún persiste el debate teórico en torno al bien jurídico, ellos pueden realmente reducirse a dos: El contenido o sustrato material del Bien jurídico y las funciones que cumple en el sistema penal.

Obviamos la definición del concepto por cuanto de alguna forma ello está referido precisamente a la identificación del contenido material mismo del bien jurídico. En todo caso, los dos temas antes dichos, son los que se reconocen como los que han sido planteados por la dogmática penal con relación al bien jurídico<sup>2</sup> y que han generado y siguen generando un debate abierto y poco pacífico.

El origen mismo del concepto de bien jurídico, y por tanto su sustrato material y función en la dogmática penal, resultaban controversiales, pues se formula, contrario a lo que hoy se piensa en algunos sectores de la doctrina penal, no con vocación reduccionista, sino más bien con el propósito de ampliar los campos de influencia y aplicación del derecho penal. En la actualidad tenemos la tendencia a reconocer sin problema alguno, que el principio penal de exclusiva protección de bienes jurídicos debe funcionar como un instrumento que mantenga al derecho penal dentro de unos cauces democráticamente aceptables; es decir, que debe funcionar como un limitador de la criminalización de comportamientos; sin embargo, en el pasado (y, a caso, también en la actualidad), esta misma categoría habría justificado la punición de comportamientos que únicamente constituían

2. D. FERNÁNDEZ, GONZALO. *Bien jurídico y Sistema del delito*, Editorial B de F, Montevideo- Buenos Aires, 2004, pag. 6.

una afrenta a la moral o a otras consideraciones éticas o simples fines estatales, elevados a la condición de bien jurídico.

Hemos dicho que la vocación con la que surge el concepto de bien jurídico, antes que reduccionista era amplificadora del derecho penal, y ello se advierte exactamente en la formulación que de ese concepto hace la persona que le da vida: Birnbaum<sup>3</sup>.

Birnbaum, al construir la categoría de bien jurídico pretende contraponer a la tesis de Feuerbach sobre la comprensión del delito como lesión de derechos subjetivos ajenos y por tanto a la finalidad del derecho penal como la protección de derechos subjetivos, la tesis de que el delito lesiona, más que derechos subjetivos, bienes y por tanto el derecho penal busca proteger esos bienes jurídicos, los cuales no vienen dados por el Derecho, sino que son trascendentes a él.

En efecto, Feuerbach, consecuente con su adhesión a la filosofía de la ilustración en la que los derechos subjetivos ocupan un lugar preeminente, reconoce en esa clase de derechos el objeto de protección del derecho penal, lo cual tiene su más significativa importancia en cuanto que se erige como un límite contra la arbitrariedad, porque dota de significado y concreción al principio de legalidad en lo que concierne al contenido material de la conducta típica, pues la vincula a un preciso derecho subjetivo. También ha sido mérito de la teoría de la lesión de derechos subjetivos, la exclusión de los delitos contra la religión y la moral, determinando una marcada diferencia entre ésta —la moral— y el derecho.

Pero, al constreñir la finalidad del derecho penal a la protección de derechos subjetivos, la teoría de Feuerbach constituye una limitación excesiva del ámbito de lo punible y frente a eso es que se contraponen la tesis de Birnbaum, en tanto que los bienes no son creados por el derecho, sino que le han sido dados al hombre por la naturaleza o por la sociedad misma; de ahí que su protección no dependa de la relación que pueda establecer el derecho entre ese bien y el individuo, pues, según Birnbaum, si el bien es sustraído o disminuido, el derecho que sobre él

3. SILVA SÁNCHEZ, JESÚS-MARÍA, *La expansión del Derecho Penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades post-industriales*. Cuadernos Civitas, Civitas Ediciones, S.L., Madrid 1999. Pag.91. ha dicho este autor: "la dominante teoría del Derecho Penal de protección de bienes jurídicos surgió en el siglo XIX con vocación ampliatoria frente a la teoría de un derecho penal protector exclusivamente de Derechos subjetivos (así en su iniciador Birnbaum)". Así lo reconoce también Luigi Ferrajoli en su obra *Derecho y Razón, Teoría del Garantismo Penal*, Editorial Trotta, Madrid 1997, pag. 469.

se tiene se mantiene incólume, no se verá disminuido o sustraído<sup>4</sup>.

Se le critica a Birnbaum la falta de concreción del contenido del bien jurídico, por cuanto en definitiva, que un objeto sea o no merecedor de protección penal, dependerá de una decisión legislativa, sin que se fijen claros límites a esa decisión; por ello también se muestra ineficaz en la contención de la tendencia expansiva del derecho penal.

Como vemos, pues, el origen mismo del concepto marca el inicio de la controversia acerca de cual debe ser reconocido como su contenido o sustrato material y luego además, cuales sean los fines que deba cumplir.

En lo que concierne al contenido de la categoría de bien jurídico, vamos a encontrar desde aquellas posiciones que le asignan un simple contenido valorativo realizado por el derecho mismo, hasta otras en las que se hace un esfuerzo más exhaustivo por apartarlo de esas consideraciones abstractas, para darle una realidad material concreta en la que a su vez puedan reconocerse los límites en torno a los cuales el legislador debe estimar un bien como un bien digno de protección jurídica y particularmente de protección jurídico-penal, a través del uso del instrumento más violento de que dispone el Estado, que es la pena.

Quizá el escepticismo de Ferrajoli<sup>5</sup> frente a la posibilidad de construir una definición segura y única sobre el término bien jurídico, esté explicado por esa gran diversidad de definiciones que intentan darle concreción; pero, cuando menos esa diversidad de definiciones o cualquier otra postura teórica, nos permitirá escoger aquella que en nuestra opinión muestre más aptitud para cumplir, ahora, con una finalidad garantista, limitadora del poder punitivo del Estado. Esa aprensión de Ferrajoli con relación a la imposibilidad de encontrar una definición precisa sobre el término y el valor que reconoce en una teoría del bien jurídico limitada a ofrecer unas claves negativas de deslegitimación de un determinado prohibición, nos hace recordar posturas teóricas del neokantismo a partir de las cuales se renuncia a cualquier intento de precisión del contenido

4. D. FERNÁNDEZ, GONZALO. Op cit. pag. 16.

5. FERRAJOLI, LUIGI. *Derecho y razón, teoría del garantismo penal*, Editorial Trotta, Madrid 1997, pag. 471. ha dicho Ferrajoli: "En realidad no puede alcanzarse una definición exclusiva y exhaustiva de la noción de bien jurídico, lo que significa que una teoría del bien jurídico no puede casi nunca decirse positivamente [...] que una determinada proposición penal es justa en cuanto protege un determinado bien jurídico".

del sustrato material del concepto de Bien Jurídico, para centrarse, casi exclusivamente, en su valor como criterio de interpretación de la norma; porque para la tesis neokantiana "El bien jurídico no es una cosa, persona o situación, tampoco un ente ideal, sino una categoría abstracta, insusceptible de ser delimitada en su contenido material, que traduce el fin de la norma, la *ratio legis* que debe orientar – desde el *telos* – la interpretación de los tipos"<sup>6</sup>

Debemos aclarar, aunque de alguna manera ya lo dijimos, que no es nuestro propósito ni de nuestra investigación, recorrer en detalle toda la historia del concepto de bien jurídico y sus progresiones y retrocesos, sino solo hacer visible su carácter controversial, lo cual se manifiesta en la gran diversidad de acepciones que en torno de él se han configurado, y además justificar cualquier opción que asumamos por alguno de esos significados, lo que luego nos facilitará la identificación del bien jurídico protegido con la tipificación del delito que sí es objeto de nuestra investigación.

Por lo que hemos dicho en las líneas inmediatamente precedentes y porque de alguna manera ya hemos cumplido con el primero de los propósitos apuntados, es que podemos ir aproximándonos al segundo de esos propósitos, no sin antes decir que todas las definiciones que se han construido para delimitar el sustrato material del término "bien jurídico", pueden clasificarse en dos grupos que son: las teorías inmanentistas y las teorías trascendentistas.

Las primeras, ven en el bien jurídico una creación del derecho. Este no es un ente que tenga materialidad fuera del derecho, sino que es el legislador quien lo crea. Paradigma de la consideración del bien jurídico como exclusiva actividad valorativa del legislador, es lo que expresa Fernández respecto de la teoría de Binding:

El bien jurídico es tal, por su calidad de bien para la vida jurídica, y se halla conformado por todo aquello que el legislador encuentra valioso para el desarrollo de la vida comunitaria, en la que está interesado el Estado [...] el bien jurídico surge de un mero juicio de valor del legislador, quien lo califica o categoriza como tal, sin otro límite que su propia consideración valorativa. El bien jurídico no es algo natural, no constituye un ente que vaya más allá del derecho, no posee tampoco origen prejurídico, sino que

6. D. FERNÁNDEZ, GONZALO. Op cit. págs. 24-27.

traduce una pura creación del legislador.<sup>7</sup>

Una concepción del bien jurídico como esa, que en general se corresponde con las que se engloban dentro de estas teorías que ven al bien jurídico como inmanente al sistema jurídico, poca o ninguna utilidad puede ofrecer como límite al derecho penal; de hecho, es esa una de las críticas que contra ellas se dirige, la cual se suma a la que nos parece más relevante: esto favorece una concepción autoritaria del derecho, por cuanto el delito no sería más que una expresión de desobediencia a la norma, porque la norma misma representa el valor que el legislador ha querido proteger. Estas son razones suficientes para rechazar nuestra adhesión a cualquiera de estas concepciones.

Después de identificar lo que en general identifica a las teorías inmanentistas, vamos a decir lo que resulta en una obviedad: las teorías trascendentistas son aquellas que conciben al bien jurídico con una entidad prejurídica o incluso metajurídica.

El bien jurídico no es simplemente una creación del derecho, sino de la vida misma, representa intereses vitales del individuo o de la comunidad a los que el derecho sencillamente les reconoce la suficiencia necesarias para dispensarles protección, confiriéndoles la condición de bien jurídico.

Luego, en un esfuerzo de precisión del contenido material del concepto de bien jurídico se han construido teorías que quizá trasciendan las antes dichas o que tal vez conduzcan, algunas de ellas, hacia una síntesis de las mismas, recogiendo aquellos componentes que sí podrían orientarse hacia la necesaria constricción del derecho penal por su elevada injerencia en distintos derechos fundamentales.

Dentro de esas teorías destacan las llamadas sociológico-funcionalistas, las constitucionalistas, la iushumanistas. No podemos detenernos en recoger cada uno de los postulados de esas teorías porque ello nos demoraría en la consecución del propósito de este capítulo; pero en todo caso, que destaquemos a continuación la posición teórica de algunos autores que hacen síntesis de ellas, nos permitirá cuando menos inferir a que están referidas.

7. D. FERNÁNDEZ, GONZALO. Op cit. Pág. 19.

Efectivamente, existe una tendencia a reconocer valor a cada una de esas teorías, por ejemplo, esta ha sido la posición de autores como Santiago Mir Puig y Jesús-María Silva Sánchez.

El primero de los autores citados ha buscado fundar toda la estructura de una teoría del Derecho Penal, y en consecuencia con ello, una teoría del bien jurídico, desde la configuración del Estado como la síntesis de un Estado Social y Democrático de Derecho y todo lo que eso implica. Así lo dice personalmente y de manera expresa en su obra *Estado, Pena y Delito*<sup>8</sup>.

Quizá por ello es que pueden distinguirse en las tesis de Mir Puig unos componentes vinculados con las teorías sociológico-funcionalistas (relacionadas con el Estado Social), que en un esfuerzo por dotar de materialidad al bien jurídico van a reconocer como tal a aquellos intereses valiosos para la preservación del orden social, del sistema social mismo; pero sin detenerse en ellos por el riesgo de invisibilizar al individuo, bajo el todo social, y por el peligro totalitarista que eso representa. Para esquivar tal posibilidad, entiende que un límite importante en la concepción del bien jurídico como aquellas condiciones substanciales en la preservación de un sistema social, lo constituye la necesaria referencia al individuo y a la repercusión que en él pueda tener la afectación de las condiciones sociales reconocidas también como bienes jurídicos. En esta inclusión del individuo en la concepción del bien jurídico se hace visible el aporte de la ilustración (el Estado Democrático de Derecho) en los postulados de Mir Puig<sup>9</sup>.

En términos muy próximos, sino idénticos, a los de Mir Puig, se manifiesta Silva Sánchez, cuando además de reconocer la corrección de los postulados de las teorías sociológico-funcionalistas al entender "los bienes jurídicos en su dimensión social, como condiciones necesarias para la conservación de un orden social"<sup>10</sup>, reitera la necesidad de recurrir

8. MIR PUIG, SANTIAGO, *Estado, pena y delito*, Editorial B de F., Montevideo-Buenos Aires, 2006.  
9. MIR PUIG, SANTIAGO, *El derecho penal en el Estado social y democrático de derecho*. Editorial Ariel S.A. Barcelona 1994. ha dicho este autor: "desde el prisma de un Estado Social y Democrático de Derecho, no es inútil reclamar un concepto político-criminal de bien jurídico que lo distinga de los valores puramente morales y facilite la delimitación de los ámbitos propios de la moral y el Derecho; no es ocioso situar los bienes merecedores de tutela jurídica en el terreno de lo social, exigiendo que constituyan condiciones de funcionamiento de los sistemas sociales, y no solo valores culturales como pretendía el Neokantismo; y, finalmente, es ciertamente conveniente postular que el bien jurídico no solo importe al sistema social, sino que se traduzca además en concretas posibilidades para el individuo" pág. 161.

10. SILVA SÁNCHEZ, JESÚS MARÍA, *Aproximación al derecho penal contemporáneo*, J. M. Bosch Editor, S. A., Barcelona 1992. Págs. 268 y 269.

a la referencia al individuo para escapar del peligro que llevan implícitas esas teorías, de configurar una concepción del bien jurídico, de corte totalitario, al olvidar al individuo.

Reproducimos las palabras de este autor, para entender mejor su posición:

El peligro inherente a la idea de funcionalidad social, que podría llevar a proteger valores morales, estrategias políticas, o a dar cabida a puntos de vista totalitarios, debe afrontarse mediante la inclusión en el concepto de bien jurídico de una referencia central al individuo ... De ahí que quizá sea mejor el integrar en una sola idea los aspectos de <referencia individual> y de <dañosidad social>, afirmando que el objeto de protección jurídico-penal necesariamente debe expresar las condiciones que hacen posible un libre desarrollo del individuo a través de su participación en la vida social [...] Según ello, la dañosidad social de las infracciones del Derecho Penal se derivaría precisamente de incidir sobre la esfera de libertad de los individuos, privándoles de medios de participación social.<sup>11</sup>

No hemos encontrado, en las obras de estos autores que han sido consultadas y ni siquiera en las palabras de Silva Sánchez, que antes han sido transcritas, una definición precisa de lo que ha de constituir un bien jurídico, y particularmente un bien jurídico-penal, como ambos distinguen a aquel bien que es merecedor de protección jurídica a través de una amenaza penal y no solo del ordenamiento jurídico en general; pero, sí ofrecen unas claves importantes para delimitar los alcances de este concepto, para concretizar qué debe ser estimado como digno de protección penal y qué no lo merece.

A esa consideración del bien jurídico como las condiciones necesarias para la preservación de los sistemas sociales y del desarrollo del individuo en sociedad, se suman otras consideraciones que también representan un límite al derecho penal. Así, Mir Puig señala que dos son las condiciones que debe reunir un bien, para ser estimado como bien jurídico penal: una suficiente importancia social o "una importancia fundamental" y una estricta necesidad de protección por el Derecho Penal.<sup>12</sup>

11. SILVA SÁNCHEZ, JESÚS MARÍA, *Aproximación al derecho penal contemporáneo*, J. M. Bosch Editor, S. A., Barcelona 1992. págs. 270 y 271.

12. MIR PUIG, SANTIAGO, *El derecho penal en el Estado social y democrático de derecho*. Editorial Ariel S.A., Barcelona 1994. pág. 152.

Para distinguir la suficiente importancia social de un bien, recurre a diferentes criterios; por ejemplo, indica que el reconocimiento constitucional de un bien (teoría constitucionalista) es signo indiscutible de su importancia social; pero que tal criterio no es suficiente por sí mismo, quizá por las razones que aduce Silva Sánchez: es una postura que peca por defecto y no por exceso, porque esta posición no caracteriza de modo pleno a los bienes jurídicos.

Como criterios adicionales para la determinación de la importancia social de un determinado bien, dice que el catálogo de aquellos bienes que han "calado más hondo en la conciencia social" son los ligados estrictamente al individuo; de tal manera que "El Estado Social no puede desconocer la significación que por sí mismo implica la extensión social de un determinado interés, pero tampoco ha de prescindir de exigir como mínimo una determinada gravedad en la repercusión del interés colectivo en cada individuo."<sup>13</sup>

A nuestro parecer, son las claves ofrecidas por la tesis de estos dos autores, las que nos permiten identificar en el concepto de bien jurídico, una verdadera función limitadora del derecho penal; por esto son estas tesis las que aceptamos. Vemos en ellas el sustento para afirmar incluso que la tutela penal de los bienes jurídicos colectivos o supraindividuales solo encuentra legitimación cuando realmente representan unos medios esenciales en la preservación de los derechos del individuo, cuando con su protección se asegura el libre desarrollo del individuo en la sociedad.

A lo largo de la exposición que hemos formulado, se ha venido anunciando el otro tema controversial en torno al concepto de bien jurídico, que es el referido a su función al interior del sistema penal y particularmente a su función garantística, como límite del poder punitivo del Estado. Esta función no ha sido reconocida siempre, de hecho empezábamos por señalar que su origen está marcado por la legitimación de la ampliación del derecho penal. Sin embargo, un concepto de bien jurídico que carezca de la vitalidad necesaria para cumplir con la función que decimos, no pasaría de ser una simple construcción dogmática, inútil desde una perspectiva político-criminal.

13. MIR PUIG, SANTIAGO, *op. cit.* PAG. 165.

Por eso concluimos adhiriéndonos a aquellas tesis en las que el concepto de bien jurídico sí puede impedir el desborde del derecho penal, manteniéndolo dentro de los cauces democráticos.

### B) El Concepto de Bien Jurídico en la Jurisprudencia salvadoreña.

Aunque, como de alguna manera ya se dejó expuesto en líneas precedentes, no podemos limitar los bienes jurídicos a aquellos que han alcanzado reconocimiento constitucional, sí es importante indicar que además de que la Constitución recoge una diversidad importantes de derechos fundamentales respecto de los cuales se puede predicar asimismo su condición de bienes jurídico-penales, también determina las grandes líneas de la orientación político-criminal del Estado y si el concepto de bien jurídico muestra mayor relevancia en cuanto límite al derecho penal, desde su perspectiva político-criminal y no desde su condición de categoría estrictamente dogmática, entonces este concepto también ha de verse bajo los influjos de la Constitución.

Es frecuente escuchar que el derecho penal constituye el baremo a partir del cual se puede conocer no solo la configuración política de un Estado, sino también el nivel de democracia que pueda existir en un país determinado<sup>14</sup>. Sin embargo, entendemos que la perspectiva debía invertirse, reconociendo que es la Constitución la que dispone cómo ha de ser la configuración política de un Estado y a partir de ello también determina cualquier diseño de política pública incluida la política criminal; con lo cual, la construcción del sistema penal debía estar sujeta a las directrices de la norma suprema. Cualquier regulación normativa contenida en leyes secundarias y en definitiva cualquier acto de poder público, como el punitivo, que se aparte de los principios y valores reconocidos en la Constitución debe ser corregido y devuelto al cauce de la normalidad constitucional a través de los mecanismos previstos en ella; de tal suerte que lo que determina el nivel de democracia de un Estado, o su propia configuración política si se quiere, no es cómo está diseñado el sistema penal, sino más bien cuál sea la vitalidad que muestra la Constitución para corregir los desvíos del Poder, especialmente aquellas expresiones de poder que suponen restricciones a derechos fundamentales; esto es, la medida de la configuración de un Estado como un Estado

14. CHICAS BAUTISTA, SANDRA LUZ. *Análisis de la Ley de Protección de Víctimas y Testigos*. Revista Quehacer Judicial N° 48; ha dicho en su artículo: "Es importante mencionar, que para conocer qué tipo de Estado tiene un país, un parámetro o termómetro que nos puede dar una clara ilustración es remitirse al sistema penal que ese país tenga..."

Constitucional de Derecho, lo determina la fuerza normativa directa de su Constitución.

La fuerza normativa de la Constitución deriva del principio de imperatividad constitucional que reconoce en ella el carácter de norma y como tal, con fuerza vinculante directa e inmediata sobre todos los gobernados y con aptitud para poner límites en el uso del poder a los gobernantes.<sup>15</sup>

Esa fuerza normativa de la Constitución, o imperatividad constitucional solo puede surgir, por supuesto, de la configuración del Estado como un Estado Constitucional, en la que todos, incluso el dueño de la soberanía, se sujeta a esa norma suprema. Las palabras del Doctor Tinetti nos guían a esa conclusión, cuando dice: "Efectivamente, la segunda parte del Art. 83 Cn. declara lo siguiente: "La soberanía reside en el pueblo, que la ejerce en la forma prescrita y dentro de los límites de esta Constitución". Según se ha visto, esta disposición da base para postular que el pueblo, titular originario de la soberanía, ha subsumido en la Constitución su propio poder soberano y mientras la Constitución exista ella vincula a todos, incluso a quien la creó..."<sup>16</sup>

Esto de alguna manera ha sido colocado por la Jurisprudencia Constitucional de nuestro país, en estrecha relación con el principio de legalidad, pero ampliando el significado de la legalidad, no solo a lo que concierne a la ley ordinaria, sino, y "preferentemente" a la Constitución. Insistiendo esa jurisprudencia en los vínculos que para el legislador suponen los principios de supremacía constitucional, jerarquía normativa y regularidad jurídica.<sup>17</sup>

El sistema penal y dentro de él, el derecho penal en concreto y la pena, no pueden responder a cualquier propósito, sino solo al que la

15. TINETTI, JOSÉ ALBINO y otros. Manual de Derecho Constitucional. Tomo I, Centro de Información Jurídica, Ministerio de Justicia, San Salvador. Ha dicho este autor que: "Según sabemos, de acuerdo al principio de imperatividad constitucional, la Constitución tiene una operatividad inmediata, que establece una vinculación automática, desde que ella entra en vigencia, para gobernantes y gobernados".

16. TINETTI, JOSÉ ALBINO y otros. óp. cit. Pág. 148.

17. Ha dicho la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia: "el principio de legalidad no hace referencia sólo a la legalidad ordinaria, sino que se extiende al sistema normativo como unidad, es decir, la legalidad supone respeto al orden jurídico en su totalidad, lo que comprende a la Constitución. Por ello, la legalidad no es sólo sujeción a la ley, sino también -y de modo preferente- sujeción a la Constitución. Y es que, sobre la expresión ley no debe olvidarse que -en virtud de los principios de supremacía constitucional, jerarquía normativa y regularidad jurídica-, la disposición legal debe ser conforme, en forma y contenido, a la normativa constitucional" (Sentencia de 17-XII-97, Amp. 117-97).

Constitución les ha asignado de forma expresa, el cual incluso debe cumplirse dentro de otros límites que derivan de valores supremos como la dignidad humana.

Esos propósitos y límites se han de poner de manifiesto no solo en la actividad judicial, cuando en el contexto de una sentencia definitiva se proceda a la determinación de la pena concreta que deba imponerse a una persona que ha sido declarada culpable de un delito, sino además en la configuración legislativa del supuesto de hecho de contenido antijurídico y en la intensidad de la pena que a ese supuesto de hecho se asigne como su consecuencia jurídica. Es decir, la construcción de tipos penales y la determinación de rangos punitivos, que es facultad exclusiva del legislador, debe realizarse sin exceder los límites fijados por la Constitución.

Una aproximación a la función de límite del concepto de bien jurídico y en particular al principio de exclusiva protección de bienes jurídicos que orienta al Derecho Penal y determina un "concepto constitucional de delito", lo contiene la sentencia de inconstitucionalidad contra la Ley Antimaras, de fecha uno de abril del año dos mil cuatro, cuando la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, dice:

En conexión con lo expuesto, es viable afirmar que el establecimiento normativo de la desviación punible no es totalmente libre en sede legislativa; es decir, la determinación de las conductas sobre las cuales aplicar una sanción no queda librada a la plena discreción de su configuración normativa, sino que debe obedecer a los lineamientos impuestos por la Constitución; uno de ellos es el principio de lesividad, según el cual la tipificación de una conducta como delictiva debe obedecer a una prohibición de realizar conductas que según el legislador, sean dañosas, es decir, que lesionen o pongan en peligro bienes jurídicos fundamentales o instrumentales.

Parece sugerir, esa sentencia, que los bienes jurídicos respecto de los cuales el Estado puede fijar una protección penal, son esencialmente los "bienes jurídicos fundamentales", sin precisar cuáles sean, pero el contexto nos lleva a pensar que, al igual que las teorías constitucionalistas, el Tribunal se está refiriendo a los bienes que han sido reconocidos por la Constitución y por ello los distingue de aquellos que no tienen el carácter de fundamentales, sino más bien y solo, el carácter de instrumentales,

definidos por el propio Tribunal como los que "sirven de instrumento o medio para salvaguardar los llamados Fundamentales".

A caso, podría referirse la sentencia a los bienes jurídicos colectivos o supraindividuales, cuya protección solo se encuentra legitimada en tanto que con ellos puede asegurarse las condiciones de realización del individuo en sociedad.

Lo importante a destacar de esa sentencia es la vinculación que establece para el legislador respecto de los principios constitucionales, y en particular respecto del principio de exclusiva protección de bienes jurídicos, en su labor de configuración de los tipos penales; pero además nos recuerda que uno de los efectos del principio mencionado es que los "comportamientos meramente inmorales o de estados de ánimo o incluso apariencias peligrosas" escapan de toda consideración punitiva de parte del legislador; lo cual se encuentra en consonancia con alguno de los postulados de Ferrajoli.<sup>18</sup>

### C) El Bien Jurídico Protegido en el Delito de Conducción Temeraria de Vehículos de Motor.

No lo hemos hecho antes, pero ahora resulta oportuno mencionar que a la función limitadora del derecho penal, también conocida como función crítica o de garantía, que cumple el bien jurídico, le acompañan otras funciones y entre ellas la de servir como recurso de sistematización de la parte especial de cualquier Código Penal. En efecto, el bien jurídico es aprovechado por el legislador como un criterio para la clasificación y jerarquización de los distintos tipos delictivos; lo cual facilita, en algunas ocasiones, la identificación del bien jurídico cuya protección se ha buscado al criminalizar determinado comportamiento.

Esa función, pues, nos puede ayudar a discernir cuál es el bien jurídico que subyace a la criminalización de la conducción temeraria; pero tampoco podemos conformarnos con el resultado obtenido de la verificación de cuál sea la ubicación sistemática de este delito en el Código Penal,

18. FERRAJOLI, LUIGI. *Derecho y razón, teoría del garantismo penal*, Editorial Trotta, Madrid 1997, pág. 465. Dijo este autor: "la ley penal tiene el deber de prevenir los más grandes costes individuales y sociales representados por estos efectos lesivos y solo ellos pueden justificar el coste de penas y prohibiciones"... El principio axiológico de «separación entre derecho y moral»... veta, a su vez, la prohibición de comportamientos meramente inmorales o de estados de ánimo perversos, hostiles o incluso peligrosos. E impone, por mor de la tutela de la libertad personal de conciencia y de la autonomía y relatividad moral, la tolerancia jurídica de toda actitud o comportamiento no lesivo para terceros".

porque ello parecería una solución demasiado simplista; con lo cual debemos buscar unas razones adicionales, o más bien las razones de la ubicación que ocupa ese delito dentro de la sistematización del Código Penal.

Entonces, que la conducción temeraria haya sido situada dentro de los delitos de peligro contra la vida y la integridad personal, nos debe conducir sin problema alguno al reconocimiento de esos bienes jurídicos individuales como los que el legislador ha estimado necesitados de protección a través del derecho penal y a la vez anuncia la naturaleza jurídica de ese como un delito de peligro, tema del que vamos a ocuparnos en un apartado distinto de este trabajo.

Muy poca información hemos encontrado en la jurisprudencia de los Tribunales de Sentencia de nuestro país acerca del delito de conducción temeraria en general y menos aún acerca del bien jurídico que con ese delito se pretende proteger. De hecho, ha sido la sentencia de fecha cuatro de octubre del año dos mil cinco, pronunciada por el Tribunal Segundo de Sentencia de la ciudad de San Miguel, la única que registra una referencia al bien jurídico, que en nuestra opinión incluso no parece del todo exacta porque incluye dentro de la caracterización del bien jurídico al resultado material derivado de la conducta prohibida en el art.147-E CP, que es la situación de peligro para los bienes jurídicos vida e integridad física. Dice lo pertinente de esta resolución: "el objeto material sobre el que recae directamente la acción y el sujeto pasivo son el hombre y la mujer vivos físicamente considerados, mientras que el bien jurídico protegido es poner en peligro la vida o la integridad física de las personas".

Incluso la referencia al "hombre" y a la "mujer" como sujetos pasivos del delito, puede generar alguna confusión porque una de las acepciones posibles —y quizás con el sentido que mayoritariamente se emplean esas expresiones —esta referida a las personas, del sexo masculino o femenino según sea el caso, que han alcanzado la edad adulta; con lo cual se corre el riesgo, al hacer uso de esas expresiones, de dejar por fuera de la consideración de sujeto pasivo de este delito, a un amplio sector de la sociedad. De esto hemos de ocuparnos también en otro momento de la investigación.

Esos mismos bienes —la vida y la integridad física — han sido reconocidos por la Corte Suprema de Justicia como los bienes jurídicos

protegidos por el legislador al sancionar los comportamientos que configuran la conducción temeraria. Son muchas las decisiones que han sido pronunciadas en el mismo sentido, por ese Tribunal en el contexto de conflictos de competencia suscitados entre Juzgados de Tránsito y de Instrucción, en los que se ha referido a ese tema y por ello solo seleccionamos una, en la que se ha dicho: "tal hecho punible constituye una conducta dolosa de peligro concreto, por medio de la cual el legislador penal ha querido proteger la vida y la integridad física de las personas que transitan por la red vial"<sup>19</sup>.

Avanzamos, con esta decisión, en el reconocimiento de un elemento adicional en la naturaleza jurídica del delito objeto de nuestra investigación, pues afirma el máximo Tribunal de justicia, que se trata de un delito doloso y además no solo de peligro, como lo dijo el Tribunal de Sentencia antes citado, sino más exactamente, de peligro concreto. Sobre estos temas hemos de regresar más adelante.

La jurisprudencia de nuestro país, pues, no ha tenido las dificultades propias de otras latitudes, a la hora de identificar el bien jurídico protegido en la configuración típica de la conducción temeraria de vehículos de motor. El debate que se suscita en torno a este tema en España quizá sea paradigmático. En la doctrina de ese país se produce una oscilación entre el reconocimiento de la protección de bienes jurídicos colectivos y de bienes jurídicos individuales; pero además, también se ha llegado a afirmar que en el delito de conducción temeraria coincide la protección de bienes jurídicos de ambas dimensiones.

La seguridad colectiva y más concretamente la seguridad en el tráfico es el bien jurídico colectivo a que algunos sectores de la doctrina penal española han hecho referencia al comentar este delito. Pero al intentar explicar qué es lo que debe entenderse por seguridad colectiva o seguridad del tráfico, se enfrentan a severas dificultades que les llevan a terminar ofreciendo unos definiciones que muy poco ayudan en la correcta comprensión de ese bien jurídico y de cuál sea su sustrato material. Por ejemplo, Moreno Alcázar retoma una definición estructurada por el Tribunal Supremo español en la sentencia de fecha veintitrés de abril de mil novecientos setenta y cuatro, en la que se dijo que la seguridad del tráfico es "el bien jurídico protegido primariamente, en cuanto que tales

19. Resolución de fecha quince de febrero de dos mil siete, pronunciada en el expediente registrado con el número 33-COMP-2006.

normas sobre el tráfico tienden a regular la buena disciplina de la circulación y su normalidad"<sup>20</sup>.

El mismo autor citado nos cuenta que también hay una tendencia a diferenciar el bien jurídico protegido, según se trata de un delito de peligro abstracto o de un delito de peligro concreto. Si el delito está configurado como uno de peligro abstracto, entonces, el bien jurídico protegido lo ha de ser la seguridad colectiva; pero si por el contrario, el legislador opta por la configuración del un delito de peligro concreto al criminalizar la conducción temeraria, la protección que se busca ha de ser la de unos bienes jurídicos individuales como la vida y la integridad personal.

Y existe todavía una tercera posición a partir de la cual se afirma que este delito participa de una doble naturaleza, pues requiere de la lesión de la seguridad colectiva, para poner en peligro bienes individuales como los mencionados. Es decir, es un delito de lesión-peligro, orientado a la protección de bienes colectivos e individuales a la vez.

Toda esa discusión en torno al bien jurídico protegido, seguramente esté determinada por el hecho de que el legislador penal español, sí ubicó a los delitos relativos al tráfico vial, dentro de los delitos contra la seguridad colectiva; lo cual no ocurre en nuestro ordenamiento jurídico, pues el delito de conducción temeraria de vehículos de motor se encuentra insertado, como ya lo dijimos, dentro de los delitos de peligro contra la vida y la integridad personal, lo cual constituye un anuncio inequívoco acerca de cuáles bienes son los que el legislador salvadoreño ha querido proteger. Pero es que aún cuando se hubiera destinado como espacio de este delito el relativo a los delitos contra la seguridad colectiva, podríamos seguir reconociendo como bienes jurídicos protegidos, no a una seguridad colectiva completamente indefinible por su carácter etéreo, sino a las personas y sus bienes más importantes: la vida, la integridad personal, la salud o sus Bienes (patrimoniales); es decir, bienes jurídicos individuales o derechos subjetivos, como diría la ilustración (feuerbach); porque todos, o casi todos, los delitos ubicados bajo el rubro de delitos contra la seguridad colectiva, hacen una referencia expresa a esos bienes

20. MORENO ALCAZAR, MIGUEL ÁNGEL. Los delitos de conducción temeraria, Tirant lo Blanch, Valencia 2003. Pág. 55

constituyen una anticipación en la barrera de protección de los bienes antes dichos y no la preservación de bienes abstractos.

Entonces, tampoco podemos hacer depender de la naturaleza del delito, como de peligro abstracto o concreto, cuál sea el bien jurídico protegido; pues aún en los primeros – los de peligro abstracto – puede reconocerse bienes individuales protegidos. Recordemos que los bienes colectivos o supraindividuales (bienes instrumentales en el lenguaje de la Sala de lo Constitucional), solo pueden ser protegidos de manera legítima cuando su protección está orientada a la preservación del individuo y los bienes jurídicos que hacen posible el desarrollo de su vida en la sociedad. Ello debía movernos a rechazar cualquier aseveración de que con la tipificación de la conducción temeraria de vehículo de motor, el legislador ha querido proteger otra categoría o ámbito de la seguridad colectiva, que es la “seguridad del tráfico vehicular”; pues ésta no representa bien jurídico alguno sino solo un ámbito de la actividad humana de la que surgen una cantidad importante de peligros, es decir, solo constituye una fuente de riesgos, cuya organización y control es posible con el solo recurso a normas administrativas. Así puede concluirse de los fines que el legislador asignó a la Ley de Transporte Terrestre Tránsito y Seguridad vial, cuando en su artículo uno letra “e”, dijo que el objeto de esa ley es determinar el marco legal en materia de seguridad vial; o cuando en el Reglamento General de Tránsito y Seguridad vial, en su artículo uno se expresó:

*Este Reglamento tiene por finalidad desarrollar las prevenciones a fin de establecer la aplicación de sanciones de orden gubernativo y económico en que incurran los que infrinjan las disposiciones del presente Reglamento; estableciendo para vehículos y sus respectivos conductores, así como para peatones, todas las medidas necesarias encaminadas a garantizar la seguridad de personas e intereses, normalizando el tránsito, estableciendo el orden de la circulación y precaviendo los peligros que den lugar a desorden por falta de medidas adecuadas.*

El recurso al derecho penal solo se justifica cuando en ese ámbito de actividad humana que representa una fuente de peligros se procura proteger al individuo, prohibiendo comportamientos que lesionen o pongan en peligro sus bienes jurídicos.

Entonces, cuando pensamos en la conducción temeraria de vehículos de motor, en su dimensión estrictamente penal y no administrativa, es decir, como un delito, solo podemos reconocer su legitimación constitucional cuando tras de su criminalización se encuentra el interés legislativo por preservar la vida y la integridad personal como bienes jurídicos. Son éstos, pues, los bienes jurídicos que subyacen a la tipificación del delito de Conducción Temeraria de Vehículo de Motor.

La obviedad de lo que ha de entenderse por vida humana quizá haga innecesario que se ofrezca una definición de tal concepto en tanto bien jurídico penal<sup>21</sup>; no obstante ello, nos atrevemos a formular algunas precisiones.

El especial ámbito en el que el delito de conducción temeraria de vehículo de motor puede realizarse (ya lo explicaremos en otra parte de este trabajo), hace que cualquier consideración en torno a los grandes avances tecnológicos que inciden de forma artificial sobre la vida, tanto en la concepción del ser, como en la extensión de la vida misma, carezca de importancia, por cuanto aquel ámbito de realización de este delito hace que solo sea relevante la vida en tanto actividad del complejo orgánico del ser humano<sup>22</sup>; es decir, la vida autónomamente considerada.

Luego, por integridad física hemos de entender, la indemnidad anatómica y fisiológica de una persona. Es decir, este bien jurídico se encuentra estrechamente ligado con la salud, la cual en términos generales constituye un estado en el que el ser orgánico realiza todas sus funciones, exento de enfermedades (Diccionario de la Real Academia Española); ese estado adquiere dimensiones jurídicas desde su plasmación, en nuestro ordenamiento jurídico interno y en normas internacionales sobre derechos humanos. Su relevancia jurídica ha sido reconocida por la Sala de lo Constitucional en sentencias como la pronunciada en fecha diecinueve de mayo de dos mil cuatro, en la que se ha dicho que la salud constituye un derecho de la persona, pues así lo establecen los artículos dos y sesenta y cinco de la Constitución.

21. DONNA EDGARDO ALBERTO. *Derecho Penal parte especial*, Tomo I, Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, 1999. Pág. 17.

22. FIGARI, RUBÉN E. *Homicidios*. Ediciones Jurídicas Cuyo, Mendoza Argentina, 2001. Pág. 18.

## CAPITULO II. EL TIPO PENAL EN NUESTRO ORDENAMIENTO JURÍDICO.

### A) Tipicidad Objetiva

#### A. a) Conducta prohibida.

Podríamos limitarnos a expresar que la conducta que el legislador proscribió en el art. 147-E CP, es la conducción temeraria de vehículos de motor; pero ello no revela la complejidad que encierra tal regulación legal, primero porque a la acción de conducirse le ha adosado el calificativo de "temeraria" y luego también porque se incorpora dentro de la conducta prohibida, la acción de transgredir las normas relativas a la seguridad vial. Es pues menester, desenredar la madeja elaborada por el legislador penal, para conocer exactamente qué hemos de entender por conducción temeraria y si eso constituye algo distinto o cuando menos más restringido de lo que constituye la transgresión de las normas de seguridad vial.

Empecemos por entender qué es lo que significa la conducción temeraria y en particular la acción de conducir. Este concepto no requiere de ser completado sino según el significado que el lenguaje usual le da, y una de las primeras acepciones que encontramos es la referida a guiar o dirigir hacia un lugar, pero también está definida como la acción de guiar un vehículo automóvil, que es lo que podría interesarnos a nuestros efectos.

No es ajena a esa definición la que podríamos construir a partir de normas administrativas relativas al tema que nos ocupa. La Ley de Transporte Terrestre, Tránsito y Seguridad Vial no ofrece una definición de la actividad de conducción de vehículos, así como tampoco lo hace el reglamento sobre esa materia; pero éste último sí destaca una serie de definiciones "para la mejor comprensión del reglamento" y dentro de ellas encontramos la referida al concepto de *conductor*, el que va a ser entendido como aquella "persona que guía un vehículo automotor"<sup>23</sup>; de tal manera que podemos pensar que conducir es, desde la perspectiva de esa norma administrativa, guiar un vehículo desplazándolo hacia un determinado lugar, tal como ya lo aceptamos.

23. Art. 4.15 del Reglamento General de Tránsito y Seguridad Vial.

La definición antes indicada debe ser complementada con otras consideraciones a fin de delimitar qué comportamientos que tengan como contenido la acción de guiar un vehículo son las que van a quedar comprendidas dentro de la prohibición. Decimos esto porque quien empuja o remolca un vehículo también podría estar guiándolo hacia un destino determinado. No incluimos dentro de esta consideración la acción de conducir vehículos que carecen de motor, como las bicicletas y otros porque, que el tipo penal haga alusión exclusiva a los vehículos de motor, excluye de manera definitiva a aquellos que carecen de ese mecanismo de impulsión; pero a ello nos hemos de referir más adelante, cuando hablemos de los medios comisivos.

Anticipar, en la parte final del párrafo anterior, la exclusión de alguna clase de vehículos, nos permite ahora indicar que no es cualquier acción de guiar un vehículo la que puede adquirir relevancia penal con relación al delito objeto de nuestra investigación, sino solo aquella en la que el conductor se vale de los mecanismos de impulsión y dirección del propio vehículo. Esta afirmación descarta cualquier posibilidad de incluir dentro de la prohibición las acciones antes dichas relativas a la actividad de empujar o remolcar un vehículo que presenta desperfectos mecánicos. Se reconoce por un sector de la doctrina penal española que estos comportamientos se alejan de cualquier consideración punitiva no porque no constituya una actividad de conducción de vehículos, sino por la falta de potencialidad lesiva que existe en las mismas; sin embargo, justificar por esa razón la posición de estas conductas allende del tipo penal, es precisamente lo que permite el reclamo de otro sector de la doctrina penal cuando indica que la acción de deslizar un vehículo averiado en una vía con pendiente muy pronunciada manejando su dirección sí representa un peligro grave<sup>24</sup> y que por tanto podría quedar comprendida dentro de la prohibición.

No podemos participar de la opinión que entiende por conducción temeraria, según nuestro tipo penal, el deslizar un vehículo por una pendiente, guiando su dirección, porque la prohibición está referida a vehículos automotores, y solo pueden ser concebidos como tales aquellos que conforman una unidad funcional capaz de ser guiados por sus propios mecanismos de impulsión y dirección; un vehículo averiado carece cuando

24. TAMARIT SUMALLA, JOSEP MARÍA. De los delitos contra la seguridad del tráfico. En Comentarios a la Parte especial del derecho penal. Gonzalo Quintero Olivares, Director y Fermín Morales Prats, Coordinador. Cuarta Edición. Thomson-Aranzadi, Navarra España, 2004. Pág. 1434.

menos del primero de los mecanismos mencionados. No rechazamos el carácter peligroso de tal actividad, pero la concurrencia de un resultado lesivo de algún bien jurídico como producto de esa situación de peligro podría dar lugar a tipos penales distintos del que ha sido denominado como conducción temeraria, porque tal actividad no representa en estricto sentido una conducción de vehículo automotor. En todo caso podría también tratarse, si hay ausencia de lesión de bienes jurídicos, de la infracción administrativa prevista por el art. 117.94 de la Ley de Transporte Terrestre, Tránsito y Seguridad Vial, que se refiere a la conducción de un vehículo con el motor desconectado. La exclusión de tal comportamiento, entonces, estaría justificada no por la falta de peligrosidad o capacidad lesiva, sino por su carencia de significado con relación a la conducta prohibida por el legislador, en los términos que antes referimos.

En el descubrimiento progresivo que nos lleve hacia la constatación de que una conducción de vehículos, entendida como la acción de guiar un vehículo automotor sirviéndose de sus mecanismos de impulsión y dirección, pueda quedar comprendida por la prohibición del art. 147-E CP, debemos revisar si la misma ha sido o no "temeraria", porque es éste el adjetivo que se le adiciona.

Contrario a lo que sucede con legislaciones foráneas, como la española, el legislador salvadoreño fijó los límites con relación a lo que hade ser concebido como temeridad en la actividad de conducción de vehículos de motor. Decisión que parece inteligente si tomamos en cuenta los graves problemas de interpretación que se habrían suscitado de no establecer esos límites. Los problemas que se han esquivado están referidos, por ejemplo, al significado mismo de la expresión, la cual de ordinario está asociada a comportamientos imprudentes, circunstancia que generaría una confusión mayúscula en torno al contenido del tipo subjetivo en el delito que es objeto de nuestra investigación y a lo cual nos hemos de referir en un apartado posterior, cuando hablemos de la estructura subjetiva del delito.

En el lenguaje usual –y por supuesto conforme al Diccionario de la Real Academia española de la Lengua – la expresión temerario está definido como lo excesivamente imprudente arrojando peligros. Y arrostrar significa encarar, hacer frente a peligros. Vemos cómo el significado

mismo de la expresión está vinculada con conductas imprudentes, que no pierden ese carácter incluso si se toma en cuenta la actitud de hacer frente a peligros, que forma parte de su definición, pues quien obra de manera imprudente precisamente advierte la presencia del peligro – culpa con representación – pero confía en que no se ha de producir resultado lesivo alguno. Para disipar las confusiones en torno a este tema, la doctrina española recurre al argumento de entender el contenido de la temeridad a partir de la conducción del automotor con grave infracción de las normas de seguridad vial; pero no abandona completamente algunos conceptos que forman parte de la imprudencia, pues se dice que:

El concepto de temeridad ha sido interpretado normalmente de acuerdo con el sentido del mismo en la imprudencia. El hecho de que el nuevo código no habla ya de imprudencia temeraria sino grave no impide seguir sosteniendo que la temeridad supone una desatención de las normas más elementales de cuidado exigibles en el tráfico automovilístico<sup>25</sup>.

De alguna manera esas palabras sugieren la posibilidad de desvincular la temeridad de la imprudencia, como si de dos cosas distintas se tratara, lo cual resulta difícil por la propia definición del concepto. A pesar del esfuerzo hecho por el autor, de nuevo sus palabras nos recuerdan a la imprudencia, por la estrecha relación entre la desatención de las normas más elementales de cuidado y la infracción del deber objetivo de cuidado como contenido del tipo objetivo del injusto imprudente.<sup>26</sup>

Más confusa, en cuanto al contenido de la temeridad, resulta la opinión del autor Enrique Orts Berenguer, cuando refiere que por tal cosa se ha de entender "manejar los mecanismos de dirección de un vehículo de motor o de un ciclomotor con omisión de la diligencia más elemental exigible a un conductor medio, debiendo utilizarse como parámetros las normas que regulan la circulación vial. Supone, pues, conducir con imprudencia grave o [...] con imprudencia temeraria".<sup>27</sup>

25. TAMARIT SUMALLA, JOSEP MARÍA. *Op. cit.* Pág. 1441.

26. CORCOY BIDASOLO, MIRENTXU. *El delito imprudente. Criterios de imputación del resultado*. Promociones y Publicaciones Universitarias, S. A., Barcelona, 1989, dice esta autora: "La doctrina dominante, y no únicamente los finalistas, sitúa la lesión del cuidado en el ámbito del injusto. La concepción del injusto que aquí se mantiene, conlleva la consideración, como esencia de la imprudencia, del momento normativo de la infracción de la norma de cuidado. Esta lesión o infracción del cuidado objetivo, como contenido del desvalor de la acción, constituye el núcleo del tipo de injusto imprudente". Pág. 58.

27. ORTS BERENGUER, ENRIQUE Y OTROS. *Derecho Penal, parte especial*. Segunda edición revisada y actualizada conforme al Código Penal de 1995. Tirant lo Blanch, Valencia, 1996. Pág. 646.

Nótese que en las opiniones doctrinales que destacamos, también se considera como medida de la temeridad, la infracción de las normas de seguridad vial, elemento que encontramos dentro del tipo legal construido por el legislador salvadoreño, pero que mostraría su utilidad para determinar la creación o no de algún peligro, pero no es útil para la definición de la temeridad como cualidad de la conducción de vehículos de motor.

Entonces, el legislador penal salvadoreño nos ha evitado el afán de entrar en el laberinto que supone definir la temeridad sin incurrir en el desacierto de confundirla con la imprudencia, facilitando su comprensión al determinar su contenido a partir de comportamientos concretos, que se fijan en el párrafo segundo del art. 147-E CP cuando dice: "Para los efectos del inciso anterior, se considerará conducción temeraria: manejar en estado de ebriedad o bajo los efectos de las drogas que limiten la capacidad de conducir; disputar la vía entre vehículos; realizar competencias de velocidad en la vía pública, sin previo permiso de la autoridad competente".

La temeridad no puede extenderse más allá de esos comportamientos, porque adicionar alguna otra circunstancia no prevista en la norma penal, conllevaría una abierta vulneración del principio de legalidad, en su vertiente de Lex Stricta. Es decir, que aquellas conductas están reguladas con pretensiones de taxatividad y no solo como unas líneas de orientación dirigidas al intérprete para que en su actividad descubra cualquier otra que, por su semejanza con las escritas en la disposición legal, pueda ser estimada como una conducción temeraria.

A la vista de todo lo dicho, por conducción temeraria, que es la conducta prohibida en la norma, se ha de entender el guiar un vehículo automotor sirviéndose de sus mecanismos de impulsión y dirección desplazándolo de un lugar a otro, en estado de ebriedad o bajo los efectos de drogas, disputando la vía con otros conductores o realizando competencias de velocidad en la vía pública.

La conducción temeraria no se limita, pues, a la conducción de vehículos de motor en estado de ebriedad o bajo los influjos de drogas, aun cuando son éstos los supuestos que más se muestran en la realidad cotidiana, sino que se incluyen otros comportamientos a partir de los cuales se podría generar un peligro exacerbado para la vida o la integridad física de las personas. Las que define el párrafo segundo de la disposición legal que contiene este delito, son pues, modalidades comisivas que de

forma alternativa pueden dar lugar a la consumación del delito de conducción temeraria y de cada una de ellas hablaremos después.

La estructura del tipo penal, sin embargo, adiciona a la acción prohibida cuyo contenido ya hemos identificado, que el autor bajo esas condiciones, es decir con motivo de la acción de conducir un vehículo de forma temeraria, transgrede las normas de seguridad vial. La sola conducción de vehículos de motor en las condiciones que indica el párrafo segundo del art. 147-E CP, constituye en sí misma una transgresión de las normas de seguridad vial, pues todas las conductas previstas en esa norma como modalidades de consumación alternativa de este delito, son comportamientos prohibidos en las normas administrativas de la materia de seguridad vial.

El art. 117 de la Ley de Transporte Terrestre, Tránsito y Seguridad vial, determina las diferentes clases de infracciones y todas las conductas previstas por el párrafo segundo del art. 147-E CP, constituyen infracciones muy graves y están reguladas así:

Infracción N° 70: Disputarse la vía con otro vehículo

Infracción N° 99: Utilizar la vía pública para realizar competencias automovilísticas sin autorización.

Infracción N° 100: Conducir el vehículo bajo los efectos de bebidas embriagantes, estupefacientes o enervantes.

De igual forma, el art. 172 del Reglamento General de Tránsito y Seguridad Vial, al fijar las conductas que hacen que un conductor sea estimado como temerario, incluye cuando menos la conducción del vehículo bajo los efectos de bebidas embriagantes o de drogas, así como la realización de competencias de velocidad.

Entonces, esa exigencia añadida por el legislador penal de que se transgrede las normas relativas a la seguridad vial, cuando en sí mismos los comportamientos que para efectos penales se han de entender como conducción temeraria constituye infracciones de esa clase de normas, provoca una restricción del ámbito de lo punible en este delito, porque ninguna significación penal ha de tener la realización de cualquiera de las conductas previstas por el párrafo segundo del art. 147-E CP, si ella no está acompañada de la infracción de otras normas relativas a la seguridad

vial. Esto no significa que se esté tratando de proteger alguna forma de seguridad colectiva y en particular la seguridad en el tráfico vehicular, pues estos no representan bien jurídico alguno, como ya lo concluimos en otra parte de este trabajo. Si no es ese el propósito, parece ociosa su inclusión como componente de la conducta prohibida, salvo que la misma muestre su utilidad como baremo en la medición de la capacidad de la acción realizada, en sí misma considerada, para generar algún peligro como resultado típico de este delito. Lo cual tendría algún valor desde la concepción normativa del peligro, cuyo contenido veremos al ocuparnos del resultado típico de este delito.

A propósito de este componente de la acción prohibida, detengámonos por un instante en algunas cavilaciones en torno al tema de los tipos penales en blanco; porque, para entender cuando una persona ha transgredido las normas de seguridad vial, parece obvio que debemos dirigir la mirada precisamente al segmento de nuestro ordenamiento jurídico que busca regular ese tema de la seguridad en el tráfico vehicular; lo que nos permite inferir inicialmente que el tipo penal no parece regular de manera completa el supuesto de hecho que pretende prohibir, cualidad propia de la técnica legislativa de los tipos penales en blanco.

Las leyes penales en blanco generan importantes dudas con relación a su conformidad con el principio de legalidad, cuando menos por dos razones: a) la ausencia, en la norma, del supuesto de hecho regulado claramente como contenido de la prohibición penal, lo que imposibilita o cuando menos dificulta el conocimiento que el destinatario de la norma debe alcanzar acerca de la prohibición; y b) la remisión por parte del legislador penal a normas extrapenales, particularmente a reglamentos.

Respecto de la primera de las razones que de ordinario se aduce para fustigar la correspondencia de esta clase de normas con el principio de legalidad, la doctrina penal reconoce que ciertamente aquellas normas que se presentan como estructuralmente incompletas, entendidas por tales las que no establecen el supuesto de hecho sino que hacen una remisión en bloque a otras clases de normas, penales o extrapenales, son sin lugar a dudas contrarias al principio de legalidad, en tanto que no es la ley penal la que regula con precisión las características del delito. Sin embargo, existe otra clase de normas penales en blanco en las cuales sí está regulado un segmento del supuesto de hecho y para completarlo el legislador, por diversas razones, recurre a otras normas. Estas, al fijar

parte del supuesto de hecho, no son estructuralmente incompletas, pero sí lo son en cuanto a su contenido. Respecto de estas últimas es posible distinguir que su construcción no vulnera el principio de legalidad, siempre y cuando se satisfagan algunas condiciones que justifican recurrir a normas extrapenales para completar el tipo.

Explicar las razones que hacen compatible con el principio de legalidad los tipos penales en blanco que requieren de normas extrapenales solo de forma parcial, para lograr un supuesto de hecho completo, hace necesario que primero nos refiramos al cuestionamiento que se hace con relación al rango de la ley a la cual envía la ley penal en blanco. Para este propósito empecemos por decir que históricamente y desde la concepción de Binding, la ley penal en blanco supone la remisión a normas de menor jerarquía e incluso a actos de la administración, pero Mezger amplía el concepto indicando que también han de estimarse como leyes penales en blanco, aquellas que hacen remisión a otras normas del propio Código Penal o a otras Leyes de Igual jerarquía que el Código Penal. En todo caso, lo que se cuestiona es el hecho de que las normas penales en blanco remitan a normas de inferior categoría como los reglamentos o incluso disposiciones administrativas, porque la prohibición debe ser materia de ley secundaria; sin embargo, autores como Diego-Manuel Luzón Peña, reconocen la necesidad de emplear esta técnica legislativa de remisión a normas extrapenales, para construir tipos penales, porque "por el carácter altamente cambiante de los avances técnicos o de investigación sobre seguridad, salubridad, etc., a veces no haya otro recurso técnico posible que la remisión a la correspondiente legislación y reglamentación administrativa para delimitar lo que en cada momento se considera jurídicamente prohibido"<sup>28</sup>.

Pero, dice el autor mencionado, esto solo resulta legítimo cuando concurren estas circunstancias:

- Que el recurso a normas reglamentarias resulte estrictamente necesario por razones técnicas y se emplee con el único propósito de completar la descripción típica.
- Que la ley penal describa todos los elementos de la conducta prohibida, salvo aquellos que por su naturaleza estrictamente técnica no

28. LUZÓN PEÑA, DIEGO MANUEL. *Curso de derecho penal Parte general I*, Editorial Universitas S.A., Madrid, 1996, pág. 151.

puedan ser precisados, sino solo recurriendo a otras leyes y reglamentos.

- Que la norma no haga una simple referencia a la infracción de reglamentos y leyes en general, sino que concrete que se trata de reglamentos o leyes que tiene como finalidad evitar peligros para algunos bienes jurídicos como la vida o la integridad personal.

Para examinar si la técnica legislativa empleada en el art. 147-E CP, participa de esas condiciones de legitimación, comencemos por cotejar ese precepto legal con la última de las circunstancias que mencionamos. Se requiere que la ley penal haga una mención específica de la clase de normas a las que remite y que estas estén diseñadas para la reducción o evitación de peligros para bienes jurídicos. La configuración legal del delito de conducción temeraria no hace una remisión genérica a otros reglamentos o leyes, sino que se refiere de manera exacta a normas de seguridad vial, es decir concretiza el tipo penal en la remisión a normas que procuran mantener en niveles socialmente tolerables, los riesgos que supone la circulación vehicular para bienes jurídicos tan valiosos como la vida y la integridad física de las personas. De tal manera que esta condición sí fue asumida por el legislador salvadoreño.

Lo mismo ocurre con relación a la segunda de las circunstancias señaladas, por cuanto todo el esfuerzo de análisis que hemos hecho hasta ahora muestra que sí es posible identificaren el precepto legal las características precisas del comportamiento prohibido, cuando menos en su dimensión objetiva porque de la estructura subjetiva hemos de hablar más adelante, y además se establecen las consecuencias jurídicas, lo que significa que estamos frente a una norma estructuralmente completa y solo se ha recurrido a normas extrapenales respecto de una porción del supuesto de hecho que por su naturaleza no pueden estar contempladas de manera pormenorizada en el precepto penal, sino que se vuelve necesario el envío a otras normas extrapenales. Es preciso destacar que el tipo penal pudo perfectamente construirse con la sola especificación de qué habla de entenderse como conducción temeraria sin adicionar, como parte de esa conducta, la infracción de normas de seguridad vial; pero la agregación de este elemento, como ya lo dijimos, reduce el ámbito de lo punible haciendo que la opción del legislador por criminalizar ese comportamiento responda, de la manera que lo ha hecho, a los principios de fragmentariedad y última ratio, pues como también lo indicamos, la conducción de vehículos de motor bajo cualquiera de las condiciones del inciso segundo del art. 147-E CP, carece de relevancia

si a ella no le acompaña de manera adicional la infracción de otras normas de seguridad vial.

Finalmente y en lo que concierne a la primera de las circunstancias apuntadas, encontramos que la complejidad técnica y la gran diversidad de normas de seguridad vial que se establecen en la Ley de Transporte Terrestre, Tránsito y Seguridad Vial y en el Reglamento General de Tránsito, hacen imposible que todas ellas puedan regularse como comportamientos prohibidos en una norma penal, de ahí la necesidad de que se haga uso de la técnica legislativa de la ley penal en blanco.

Entonces, si bien, a fuerza de ser honestos, debemos reconocer por las razones apuntadas, que de alguna manera el art. 147 -E CP establece una forma de ley penal en blanco, esa disposición resulta respetuosa del principio de legalidad<sup>29</sup>.

Por otro lado, dentro de la jurisprudencia local no hemos encontrado una delimitación precisa de la conducta prohibida por el legislador. Sí existen decisiones que difieren de los planteamientos que hemos propuesto, pero que no se explican de manera suficiente ni adecuada. Por ejemplo, el

29. La propia Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia ha reconocido, en la Sentencia de Inconstitucionalidad pronunciada a las ocho horas y cuarenta minutos del día nueve de octubre del año 2007, en los expedientes acumulados y registrados con los números 27-2006/30-2006/31-2006/38-2006/39-2006/41-2006/42-2006/49-2006/54-2006/56-2006/61-2006, que resulta legítimo que se recurra a la técnica legislativa de las leyes penales en blanco, cuando dijo en el considerado VI de esa sentencia: "A efectos de esta sentencia, conviene referirse particularmente al principio últimamente expresado, relacionado con la técnica legislativa de las leyes penales en blanco. De acuerdo con Enrique Cury, por ley penal en blanco se entiende "toda aquella disposición que remite el complemento de un precepto a una disposición distinta cualesquiera que sea su origen y ubicación de esta última" (*La Ley penal en blanco*). Generalmente, tal complementación implica la remisión a una disposición diferente a la penal, que puede ser del mismo rango normativo (*normas penales en blanco impropias*) o de uno inferior (*normas penales en blanco propias*). En cuanto a las segundas, éstas se caracterizan por requerir el reenvío a disposiciones creadas por órganos distintos al Legislativo y de inferior jerarquía (disposición reglamentaria, ordenanza, acto administrativo, etc.) En la actualidad, un amplio sector doctrinario reconoce la necesidad de hacer uso de esta técnica legislativa al existir sectores sociales altamente dinámicos (medio ambiente, salud pública, comercio exterior, seguridad vial, entre otros), y cuya ordenación jurídica debe adecuarse con celeridad a tal realidad. Pero también, su excesiva proliferación en los estatutos punitivos dan lugar una serie de desventajas como son: (i) la excesiva indeterminación de la conducta típica con el consiguiente desmedro de la seguridad jurídica y la función preventivo-general que la norma aporta a los ciudadanos; (ii) las dificultades que entrañan al aplicador del Derecho Penal en la tarea interpretativa, pues le obligan a remitirse a ámbitos jurídicos o que le son desconocidos o que, por lo menos, no conoce tan bien como el penal propiamente dicho; además de encontrarse con la discordancia relativa al alcance y contenido de ambos tipos de normas, y (iii) por último, quizás el problema más importante relativo a las leyes penales en blanco propias, cuando el complemento de la norma penal constituye una disposición emanada de una autoridad diferente al Legislativo, y que suele ser regulamente de inferior jerarquía, lo cual constituye una infracción al principio constitucional de la división de poderes dentro del marco del Estado Constitucional. Igualmente, se distingue entre leyes penales en blanco en sentido estricto y leyes penales en blanco "al revés". Las primeras establecen la sanción a imponer, siendo necesario complementar el supuesto de hecho; de forma distinta acontece en la ley en blanco "al revés", cuya conducta prohibida está plenamente descrita, más no la consecuencia jurídica cuya determinación requiere de otra norma. En realidad, la única manera de solventar estas contradicciones entre esta técnica legislativa y el principio de legalidad, radica en fijarle límites a su utilización. En efecto, el legislador penal tiene siempre la posibilidad de recurrir a la complementación normativa por medio de un reenvío exterior, es decir, a otra disposición de igual o inferior rango legal, siempre que la naturaleza de la materia así lo exija, y él describa de forma clara, precisa y inequívoca la conducta penalmente sancionada, no pudiendo dejar su determinación absoluta o completa a una autoridad distinta, particularmente de inferior rango." (sic).

Tribunal Segundo de Sentencia de San Miguel, en sentencia de las catorce horas y treinta minutos del día cuatro de octubre de dos mil cinco, dice que "la acción consiste en transgredir las normas de seguridad vial, bajo alguno de los supuestos regulados en el inciso segundo del artículo en comento". Es decir, que contrario a lo que hemos expuesto, éste Tribunal reconoce como conducta prohibida la sola realización de cualquiera de las conductas previstas en el inciso segundo del art. 147-E CP, sin que a ello deba sumársele la transgresión de otra norma referida a la seguridad vial.

Por su parte el Tribunal Primero de Sentencia de Santa Ana, por sentencia de las dieciséis horas del día dos de febrero de dos mil siete, expresa que: "la estructura básica de la acción es sumamente simple debido a que el hecho punible queda consumado desde que se pone en peligro la vida o la integridad física de las personas, al conducir un vehículo de motor en estado de ebriedad".

La Cámara Primera de lo Penal de la Primera Sección del Centro, ha dicho que el delito del art. 147-E CP, es una norma penal en blanco<sup>30</sup>, con lo cual la conducta prohibida no aparece dibujada en el propio precepto penal, sino que su configuración está confiada a la autoridad administrativa. Pero, nosotros creemos que lo que se ha explicado hasta ahora muestra de manera razonable que sí es posible identificar en la norma penal cuál es el comportamiento que el legislador ha querido prohibir, aun cuando una parte del supuesto de hecho sí deba completarse con las normas administrativas relativas a la seguridad vial; de tal manera que al tratarse de una norma que estructuralmente sí es completa – se establece el supuesto de hecho de forma razonablemente comprensible para el ciudadano y además se determina claramente la consecuencia jurídica – la misma sí resulta compatible con el principio de legalidad. El Tribunal mencionado también afirma la contrariedad del precepto penal con el principio de legalidad por el uso de conceptos como ebriedad, o conducción bajo los influjos de drogas o estupefacientes; pero sobre cuál es el carácter o naturaleza de esos elementos del tipo penal, hemos de volver en el apartado siguiente.

30. Resolución pronunciada a las ocho horas y treinta minutos del día catorce de diciembre de dos mil cuatro en incidente de apelación.

Establecidos los trazos generales de la conducta prohibida en el art.147-ECP, vamos ahora a ocuparnos de identificar algunas particularidades de esa conducta y especialmente de sus modalidades comisivas.

#### A. b) La Conducción de vehículos de motor en estado de ebriedad o bajo los influjos de drogas.

Que el núcleo de la acción prohibida, o cuando menos parte de él, esté constituida por esta modalidad comisiva de la conducción de vehículos en estado de ebriedad o bajo los efectos de drogas, también aporta algún grado de complejidad al análisis del tipo penal, porque debe buscarse el punto de equilibrio entre lo que sí ha de estimarse como punible y aquello que queda comprendido dentro de la atenuante primera del art. 29 CP, que se refiere a la inferioridad psíquica provocada por una grave intoxicación alcohólica o de otra clase; o con lo que se refiere al postulado de la *actio libera in causa*, regulada en nuestro ordenamiento jurídico en el art. 28-A CP o con la excluyente de responsabilidad del art. 27.4. b CP, que se refiere a la grave perturbación de la conciencia.

Debemos aclarar que esos temas serán tratados en el apartado relativo a la culpabilidad, porque por su naturaleza esa parece ser su ubicación más exacta; de tal manera que por ahora nos vamos a limitar a revisar algunos aspectos de la ebriedad como componente de la estructura objetiva del tipo penal. De ello nos resulta relevante determinar cuál es la naturaleza de este elemento del tipo objetivo; es decir, debemos escudriñar si se trata de un elemento descriptivo o de un elemento normativo, porque esto obviamente genera unas consecuencias importantes, que inciden sobre el juicio de tipicidad que eventualmente se haga de un comportamiento determinado e incluso sobre aspectos probatorios. Pero también nos interesa determinar, sin pretensiones de plenitud desde una perspectiva médica porque ello resultaría muy complejo, qué es la ebriedad, cuales son los niveles de ebriedad que pueden presentarse ó como se encuentra clasificada, y además cuándo se alcanza ese estado que exige el tipo penal, referido a la limitación de la capacidad para conducir. Muy marginalmente se ha de tratar el tema de las drogas y estupefacientes, porque la patología que su ingesta provoca también es conocida medicamente como embriaguez.

Primero debemos empezar por reconocer que la ebriedad o

embriaguez no puede ser comprendido como un elemento normativo del tipo penal, pues su significado no está determinado por valoraciones sean estas jurídicas o de otra clase. La embriaguez es "el resultado patológico resultante de la intoxicación consecutiva a la ingestión de alcohol en cantidades más o menos abundantes y en forma brusca".<sup>31</sup> También podemos concebirla como el "conjunto de cambios psicológicos y neurológicos de carácter transitorio, así como en otros órganos y sistemas, inducidos en el individuo por el consumo de algunas sustancias farmacológicamente activas, los cuales afectan su capacidad y habilidad para la realización adecuada de actividades de riesgo."<sup>32</sup> Esta definición de embriaguez es la que nos permite entender, como ya lo anticipábamos antes, que desde una perspectiva médica y toxicológica, la embriaguez puede tener una diversa etiología y no solo la ingesta de alcohol etílico. Por supuesto que las manifestaciones clínicas de la embriaguez pueden variar según su causa.

Es importante señalar, además, que aquel estado de alteración de la normalidad física y psíquica de una persona provocado por la ingesta de alcohol tiene manifestaciones externas perceptibles por terceros y precisamente son esos "signos y síntomas que permiten sospechar o establecer la presencia de un cuadro clínico general de embriaguez. A su vez, la combinación de algunos de estos signos y síntomas en particular conforman cuadros específicos que orientan sobre la etiología, lo cual puede complementarse con los resultados de pruebas paraclínicas, particularmente cuando la embriaguez no es de origen alcohólico"<sup>33</sup>. Es decir, la percepción de determinados signos en las personas puede llevar a determinar no solo si se encuentra o no en estado de ebriedad, sino además, forjar indicios con relación a la causa de tal estado de embriaguez, si es alcohólica o producida por otras sustancias.

Entonces, si los signos de la ebriedad son perceptibles por terceros, podemos concluir que éste constituye un elemento descriptivo, y no normativo, del tipo penal. Esta afirmación es importante porque nos conduce

31. VANEGAS SANTORO, ANTONIO. Alcohólicismo, criminalidad y responsabilidad. Ediciones Librería del Profesional. Bogotá, Colombia, 1977. Pág. 39.

32. Reglamento Técnico Forense para la Determinación del Estado de Embriaguez Aguda. Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses de Colombia.

33. Reglamento Técnico Forense para la Determinación del Estado de Embriaguez Aguda. Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses de Colombia.

34. Resolución del Juzgado Primero de Instrucción de San Salvador, de las doce horas con veinticinco minutos del día treinta de agosto de 2004 y Resolución pronunciada en incidente de apelación, por la Cámara Primera de lo Penal de la Primera Sección del Centro, a las ocho horas y treinta minutos del día catorce de diciembre de 2004.

a asegurar que la determinación del contenido de este elemento no debe buscarse en normas extrapenales, como lo ha asegurado más de algún juzgado o Tribunal<sup>34</sup>; constituye simplemente una conducta o conjunto de comportamientos y otros signos externos que pueden ser narrados por quien los observa.

Por otro lado, la ebriedad no define un estado máximo de alteración de la normalidad física y psicológica que se alcanza con la ingesta de una cantidad concreta de alcohol o de otras sustancias, o que es provocada ya con una determinada tasa de alcohol en sangre, sino que presenta diversos niveles o fases que se alcanzan progresivamente y que dependen de la cantidad de alcohol consumido y de otras circunstancias personales o ambientales. Así, ha dicho Vanegas Santoro:

Es necesario hacer resaltar que los efectos que las bebidas alcohólicas ejercen en los individuos, son de suyo relativos en cuanto a su intensidad; hay personas que poseen una gran resistencia al alcohol y otras en cambio son afectadas por una mínima cantidad<sup>35</sup>.

Esta es otra razón para no buscar de manera definitiva el contenido del elemento típico relativo a la ebriedad, en normas extrapenales, entendiéndola a la manera de un elemento normativo, porque si bien el art. 171.3 del Reglamento General de Tránsito y Seguridad Vial, establece la presunción de que una persona se encuentra en estado de ebriedad si la concentración de alcohol en sangre es mayor que cien miligramos de alcohol por cada cien mililitros de sangre, esa tasa de concentración de alcohol en sangre debe ser valorada de acuerdo a circunstancias particulares de cada persona para concluir si la misma se encuentra o no en un estado de ebriedad que incapacita para la realización de actividades de riesgo y en particular para la conducción de vehículos de motor.

Igual conclusión puede producir uno de los resultados de la investigación realizada por Jesús Barquiza Sanz y Juan de Dios Luna del Castillo, con relación a la ingesta moderada de alcohol y los resultados de pruebas practicadas con etímetro, cuando dicen:

Existe una gran variabilidad personal, incluso una vez integradas las variables relevantes. El tratamiento estadístico de los datos

35. VANEGAS SANTORO, ANTONIO. Óp. Cit. pag.40.

enmascara la susceptibilidad individual (por factores genéticos, historial médico, circunstancias ambientales, etc.), que se presenta en ocasiones de manera muy marcada, incluso a igualdad de sexo y similitud de coordenadas corporales. Es decir, a pesar de que ha quedado bien establecida la correlación entre sexo y tasa de etanolemia y entre IMC y tasa de etanolemia, nos encontramos con no pocos casos en los que personas del mismo sexo y de semejantes variables de tamaño corporal ofrecen resultados muy dispares.<sup>36</sup>

En todo caso, hemos de mencionar que existen tablas a partir de las cuales se fijan los efectos del alcohol en las personas de acuerdo a su peso y tasa de alcohol en sangre, y al parecer la presencia de tasas iguales o superiores a 100 mg/dl en sangre, son siempre, al margen de las condiciones personales del individuo, capaces de provocar una influencia definitiva en las personas. Esta tabla se corresponde con el baremo establecido por el Reglamento General de Tránsito y Seguridad Vial. De igual forma se establece que la presencia de tasas de 50-100 mg/dl de alcohol en sangre son capaces de provocar una dificultad física en el manejo de vehículos.<sup>37</sup>

Con relación a este tema, Alfredo Achaval señala que lo que debe evaluarse para determinar si una persona se encuentra en un estado de consciencia o de inconsciencia para "comprender la criminalidad del acto [...] o mantener la eficacia para una determinada tarea" son la conducta misma del sujeto, sus estados previos, sean éstos circunstanciales o pertenezcan a una patología como la epilepsia, traumatismos de cráneo o enfermedad mental; de tal manera que no puede ponerse atención únicamente en porcentajes de concentración de alcohol en sangre.<sup>38</sup>

Como ya lo hemos mencionado, la ebriedad se muestra en diferentes grados o fases y aún cuando existe diversidad de clasificaciones, todas ellas están determinadas por los distintos efectos del alcohol y otras sustancias en el organismo, que se manifiestan a nivel neurológico y físico.

36. BARQUIZ SANZ, JESÚS Y LUNA DEL CASTILLO, JUAN DE DIOS. *Ingesta moderada de alcohol y prueba del etímetro*. En RECPC 07-15 (2005), pág. 53. en <http://criminet.ugr.es/recpc/07/recpc/07-15.pdf>. es necesario aclarar que los autores hacen la advertencia de que el experimento por ellos realizado solo cubre casos de ingesta moderada de alcohol por personas jóvenes y sanas; de tal manera que no es su pretensión contribuir al conocimiento de alcoholismo agudo o ingestas desmesuradas de alcohol. Pág. 55.

37. MIXCO DUQUE, MARCO AURELIO. *Interpretación de resultados toxicológicos*. Págs. 9 y 10. Documento no publicado.

38. ACHAVAL, ALFREDO. *Manual de Medicina Legal, práctica forense Tomo II*. Editorial Abeledo -Perrot, Buenos Aires, Argentina, 2005, Pág. 1189.

Así, por ejemplo, Vanegas Santoro<sup>39</sup>, clasifica las fases de la ebriedad, o cuando menos de la ebriedad simple, en:

- a) Fase de Excitación.
- b) Fase Ébrica.
- c) Fase Comatosa.
- d) Fase Hiperestésica.

Mientras que, según el reglamento Técnico Forense para la Determinación del Estado de Embriguez Aguda, del Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses de Colombia, la ebriedad se presentaría en grados que van desde el primer grado hasta el tercer grado.

En ambos casos, la clasificación está determinada por la presencia de una alteración y/o disminución gradual de las facultades psíquicas y motrices de la persona. En la primera de las clasificaciones, es la fase ébrica la que representa el momento en el que la persona se ve afectada en una medida capaz de reducir sus habilidades para la realización de actividades de riesgo, por cuanto es en este momento cuando la persona pierde la facultad de discernimiento suficiente para juzgar las cosas y asume una actitud ilógica en las reacciones. Además hay un grave trastorno de la motricidad. Mientras que en la segunda de las clasificaciones, es desde la ebriedad de primer grado cuando sucede esa disminución en las habilidades para realizar actividades de riesgo, por cuanto ya en esta etapa se manifiestan alteraciones relacionadas con la atención, concentración, memoria y juicio, todas esas facultades esenciales en la realización de actividades peligrosas.

De cualquier manera, esos niveles, grados o fases de la ebriedad no están asociados necesariamente con tasas concretas de impregnación de alcohol u otras sustancias, en sangre; en algunos sujetos los niveles o grados de ebriedad más elevados podrían presentarse con una modesta consumición de alcohol, mientras que en otros, esos mismos niveles o grados, podrían demorar su presencia, aún con ingestas desmesuradas. Lo que debe identificarse, pues, son los signos que presenta el sujeto y no solo el grado de impregnación alcohólica.

39. VANEGAS SANTORO, ANTONIO. *Op. Cit.* pag.41.

En esta modalidad comisiva, entonces, la conducta prohibida estará determinada por la conducción de vehículos de motor en un estado de ebriedad, provocado por la ingesta de alcohol o drogas, que provoque una limitación de las capacidades de conducción del sujeto activo.

#### A .c) Otras modalidades comisivas.

El art. 147-E CP, también determina como formas alternativas de la consumación de este delito, el disputar la vía entre vehículos y el realizar competencias de velocidad en la vía pública, sin autorización previa de la autoridad competente.

Ambos supuestos de hecho llevan implícito un ingrediente de contienda, de competencia, de rivalización, porque todos esos conceptos forman parte de una de las definiciones de la acción de disputar. Pero, obviamente en el primero, esa contienda acerca de quién avanza en la vía pública surge de manera circunstancial y carece por completo de un propósito de alcanzar alguna meta predeterminada; mientras que en el segundo de los supuestos, la disputa o contienda no es casual en tanto que entre los que intervienen en la competencia existe un acuerdo previo de realizarla, con la fijación de un punto de meta determinado, porque solo de esa manera podría ponerse en evidencia quien es el ganador de la ilegal competencia. Vale la pena destacar, que es esta última modalidad la única que podría admitir alguna excluyente de responsabilidad, cuando menos con relación a cualquier peligro que con la competencia se genere para las personas, porque la competencia de velocidad solo adquiere relevancia penal cuando la misma se realiza sin la autorización de la autoridad competente.

Debemos recordar que la ejecución de los comportamientos antes dichos representa por sí misma la infracción a las normas de seguridad vial, como ya lo hemos explicado en otra parte de este trabajo; pero, para que adquieran una dimensión penal, deben verse acompañadas de la ejecución de otras infracciones a tales normas, según lo exige el inciso primero del art. 147-E CP; lo mismo debe ocurrir, por supuesto, con relación a la conducción de vehículos en estado de ebriedad o bajo los efectos de bebidas embriagantes.

El tipo penal no está completo sin el estudio del resultado típico previsto por la norma; a las conductas que hasta ahora hemos venido

estudiando, debe acompañar la producción de un resultado de peligro para las personas, y al análisis de este resultado es que vamos a dedicar el apartado que a continuación sigue.

#### A. d) El peligro como resultado material del delito de Conducción Temeraria de Vehículos de Motor.

Que la Corte Suprema de Justicia haya reconocido en diferentes incidentes de conflictos de competencia entre diversos juzgados, que el delito de Conducción Temeraria de Vehículos de Motor, es un delito de peligro concreto<sup>40</sup> es un reconocimiento jurisprudencial importante acerca de la naturaleza de este delito; pero, esa sola afirmación se encuentra lejos de mostrarnos qué es el peligro y cómo ha de determinarse en esta clase de ilícitos penales.

Aunque tampoco forma parte de las pretensiones de este trabajo agotar una exposición acerca de este concepto, cuyo estudio lleva ya casi un siglo<sup>41</sup>, sí hemos de ofrecer cuando menos una información muy básica con relación a las teorías que han pretendido explicarlo.

Hoy día nos resulta muy familiar hablar, y oír hablar, de delitos de peligro, como algo distinto de los delitos de lesión. Pero, raras veces nos detenemos a tratar de entender qué es exactamente el peligro; más difícil nos parece, a algunos, fijar la diferencia entre los llamados delitos de peligro abstracto y los delitos de peligro concreto. Ambos resultan temas de suma importancia, particularmente cuando se trata de la formulación del juicio de peligro, como juicio de subsunción de determinada conducta en un tipo penal de los llamados, delitos de peligro.

Así, a lo largo de la centenaria discusión en torno al concepto de peligro y a pesar de las grandes dificultades que la precisión del mismo plantea<sup>42</sup>, se han ido construyendo diversas teorías que pueden agruparse

40. Véase por todas, la Sentencia de las trece horas y diez minutos del día nueve de Octubre de 2007. Conflicto de competencia suscitado entre el Juzgado Segundo de Tránsito y Décimo de Instrucción, ambos de San Salvador.

41. STRUENSEE, EBERHARD. Exposición y abandono de personas. Anotaciones sobre el concepto de peligro concreto y de delito de puesta en peligro en el ejemplo del 221 del Código Penal alemán. En Problemas Capitales del Derecho penal moderno. Editorial Hammurabi, Buenos Aires 1998. Dice este autor: "El peligro (y el dolo de puesta en peligro) son discutidos intensamente desde hace al menos un siglo, sin que se destaquen resultados útiles y convincentes."

42. RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, TERESA. Delitos de peligro, dolo e imprudencia. Rubinzal-Culzoni Editores. Buenos Aires. 2004. Esta autora, citando a Schünemann, expresa: "El concepto de peligro ha planteado múltiples dificultades a la doctrina derivadas... de la propia naturaleza "fugaz" del peligro (se trata de un momento dentro de un suceso en curso cuyo desenlace

en teorías subjetivas, teorías objetivas, para finalmente aparecer la moderna concepción normativa del peligro.

Para las teorías subjetivas el peligro no existe como una situación de hecho; la realidad solo puede explicarse a partir de relaciones causales o no causales entre la concurrencia de determinados factores y un resultado. Solo cuando la ausencia del resultado no puede explicarse a partir de relaciones no causales; esto es, solo cuando se desconocen cuáles son las condiciones que han impedido la producción del resultado que se podía esperar a partir de determinadas circunstancias, puede hablarse de peligro; pero como un juicio subjetivo, en tanto pronóstico de un observador que no se encuentra en condiciones de conocer todas las circunstancias que intervienen en las relaciones causales. Por ello para estas teorías el peligro es "un hijo de nuestra ignorancia"<sup>43</sup>.

Para estas teorías no hay acciones peligrosas, sino solo dañosas o no dañosas.<sup>44</sup>

Como lo ha recalcado Rodríguez Montañés:

En definitiva, el concepto de peligro no puede definirse mediante relaciones objetivas, sino que se concreta mediante la apreciación subjetiva del juzgador.

El juicio sobre la peligrosidad o no de una acción es siempre un juicio medio [...] realizado ex ante (referido al momento de la acción), conforme al cual una acción es peligrosa cuando no podemos reconocer los motivos por los que finalmente ("ex Post") no se produce el resultado lesivo.<sup>45</sup>

Por su parte, las teorías objetivas sí reconocen en el peligro una entidad real, en tanto estado de cosas que generalmente son capaces de provocar un resultado de lesión. Vinculan al concepto de peligro el de posibilidad o probabilidad y por eso se dice que "peligro es la mayor o menor probabilidad de un resultado dañoso, la más o menos elevada

final será la lesión del bien jurídico o la salida del mismo del ámbito de peligro) y de la visión "causalista" que tenemos del mundo". Pág. 38.

43. RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, TERESA, *Op. Cit.* Pág. 39.

44. CORCOY BIDASOLO, MIRENTXU. *El delito imprudente. Criterios de imputación del resultado*. Promociones y Publicaciones Universitarias, S.A. Barcelona 1989. Pág. 194.

45. RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, TERESA, *Op. Cit.* Pág. 42.

posibilidad de su producción."<sup>46</sup>

Lo relevante de esta teoría es el hecho de que no solo toma en cuenta los cursos causales determinantes de esa mayor o menor probabilidad de producción de un resultado lesivo, sino que, a la par de la probabilidad más o menos grave de lesión, valora todas aquellas condiciones que puedan neutralizar el peligro en el caso concreto<sup>47</sup>.

Desde esta perspectiva, se define el peligro concreto como la probabilidad real de la lesión de un bien jurídico, cuando el autor realiza una acción causal que se dirige precisamente a la lesión de ese bien; mientras que el peligro abstracto está determinado por la realización de un comportamiento del que se desprende, por su solo carácter, la posibilidad de crear una causa que lleve a la lesión de un bien jurídico.

Finalmente, la moderna concepción normativa de peligro, confiere utilidad funcional a ese concepto únicamente en tanto elemento de la estructura típica de cada delito y determinable solo en el caso concreto. Por supuesto que esa determinación del peligro no está limitada a la valoración de la mayor o menor probabilidad de lesión, sino que incorpora criterios normativos que objetivizan la medida del peligro.

Schünemann<sup>48</sup> propone, como elementos del concepto de peligro: Una acción típica y un bien jurídico individual, igualmente típico, cuya puesta en peligro se cuestiona; que la consecuencia adecuada de la acción sea la lesión del objeto material del bien jurídico individual; y, que la ausencia del resultado, esto es, la no producción de la lesión del objeto material del bien jurídico, sea producto de circunstancias casuales e inadecuadas para excluir la responsabilidad penal por el delito de peligro concreto.

Dentro de esos elementos es importante destacar, como ya lo dijimos antes, que la determinación del peligro no se limita a la formulación de un juicio de probabilidades, sino que en ello se ven involucrados todos aquellos factores del caso concreto que contribuyen a delimitar el nivel

46. RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, TERESA, *Op. Cit.* Pág. 44.

47. RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, TERESA, *Op. Cit.* Pág. 45. Dice esta autora, al citar a V. Rohland: "Una acción es no peligrosa no sólo cuando la posibilidad del daño es lejana, sino también cuando es cercana pero se puede contar con seguridad la intervención inhibidora del autor o de otro que lo paralice. La posible causa no se convierte en real en la medida en que se opone una contracausa."

48. Citado por Teresa Rodríguez Montañés. *Op. Cit.* Pág. 55.

del peligro, como la clase de bien jurídico de que se trate, del ámbito de actividad en la que se manifiesta el peligro y otros. De hecho, del propio tipo penal y su estructura puede surgir algunos criterios que contribuyan en la determinación del grado de peligro. Por estas valoraciones adicionales es que se le denomina a esta teoría, la concepción normativa del peligro. Aunque son varias las formulaciones y autores de esta concepción, tienen en común que:

Todas ellas ponen de relieve que el elemento esencial del peligro es que el bien jurídico se encuentra en una situación en la que su lesión no puede ser evitada con seguridad a través de los medios normales, en la que se deja la existencia del bien jurídico a merced de un curso causal que el sujeto ya no puede controlar. Los conceptos clave en todas ellas son el no dominio de la situación por el autor y la "casualidad" como factor decisivo: el bien jurídico es puesto en una situación de crisis, perturbado en su seguridad, dejando su integridad en manos del azar.<sup>49</sup>

En todo caso, las teorías antes expuestas (o cuando menos las objetivas y la concepción normativa del peligro) ponen en evidencia que en los delitos de peligro concreto, el peligro forma parte de la estructura típica del delito: es el resultado que provoca la acción realizada, en tanto estado de cosas que por lo general explicarían la provocación de una lesión del bien jurídico de que se trate. Esto los diferencia de los delitos de peligro abstracto, en los que la sola conducta ya ha sido estimada por el legislador como peligrosa, aun cuando con ella no se provoque aquella situación en la que la indemnidad del bien jurídico está confiada al azar y no a otras circunstancias.

El delito de Conducción Temeraria de Vehículo de Motor, es precisamente un delito de peligro concreto, de tal manera que el peligro constituye el resultado que la acción debe provocar. Eso se infiere, no solo de la simple afirmación que sobre este tema ya ha hecho la Corte Suprema de Justicia, como lo mencionamos en líneas anteriores, sino porque así lo exige el precepto legal, al indicar que con la realización de la conducta prohibida, se haya puesto "en peligro la vida o la integridad física de las personas". La sola realización de la conducción de vehículos de motor en cualquiera de las modalidades que establece el párrafo segundo del art. 147-E CP, resulta insuficiente para asegurar la tipicidad de esa conducta.

49. RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, TERESA, Óp. Cit. Pág. 57.

La relevancia penal estará determinada también por la concurrencia de ese estado de peligro que se ha generado para el bien jurídico.

Entonces, la conducción temeraria de un vehículo debe ser capaz de generar una situación de hecho concreta, esto es, un estado de cosas que por lo general explicarían la producción de un resultado lesivo para la vida o la integridad física de terceros. Así, parece razonable entender que conducir un vehículo automotor en estado de ebriedad, disputando la vía o realizando competencias de velocidad, son comportamientos que tienen un carácter peligroso, porque todas ellas suponen la ruptura del riesgo permitido considerado desde la perspectiva de las normas que pretenden mantener los peligros del tráfico vehicular dentro de límites socialmente tolerables; pero que por sí mismas no son capaces de explicar una situación de peligro real para un bien jurídico determinado, a ello le debe acompañar las consideraciones particulares de cada caso concreto y los criterios que el propio tipo penal ofrece. Hemos anunciado antes, por ejemplo, que la inclusión de la infracción de normas de seguridad vial como elemento de la estructura del tipo penal, cumple una función como baremo en la medición objetiva del peligro. Saltarse la luz roja del semáforo mientras se conduce el vehículo en estado de ebriedad, supone la infracción de una norma de seguridad vial, que hace más evidente el riesgo de colisión con los vehículos que cruzan esa intersección y por tanto el peligro para otras personas. Rebasar la doble línea amarilla central, mientras se disputa la vía con otro conductor o mientras se participa de una competencia de velocidad en la vía pública, también constituye una infracción de las normas de seguridad vial que aumenta la probabilidad de provocar una colisión frontal con vehículos que circulan en sentido contrario.

Con los ejemplos propuestos vemos la utilidad de ese elemento adicional del tipo penal, relativo a la infracción de normas de seguridad vial, en la objetivación del peligro. Entonces, entre las circunstancias propias del caso concreto debe incluirse la identificación y valoración de normas de seguridad vial que hayan sido quebrantadas y que supongan la generación de un peligro más real o evidente.

Con todo esto resulta necesario apartarnos de aquellas posiciones jurisprudenciales que reconocen en este delito la naturaleza jurídica de un delito de peligro abstracto, como aparece, por ejemplo, en la sentencia de las dieciséis horas del día dos de febrero de dos mil siete,

pronunciada por el Tribunal Primero de Sentencia de la ciudad de Santa Ana, cuando dice:

Para realizar una adecuada valoración sobre la tipicidad del caso en examen, es valedero apuntar que **los delitos contra la vida e integridad personal, constituyen infracciones de peligro abstracto por ser de riesgo general y comunitario, siendo delitos de carácter eminentemente formal y de mera actividad, de los que no se requiere para su consumación un resultado lesivo y concreto;** puesto que para estimarlo materializado y perfecto es suficiente con la comprobación de haberse realizado la acción típica prohibida por el legislador, bajo cualesquiera de las conductas señaladas, tomándose innecesario verificar la existencia de un resultado; razón por la cual no cabe en estos hechos punibles planteamos la cuestión de imputación objetiva. En consecuencia, ha de concluirse que la conducción temeraria de vehículo de motor forma parte de los delitos clásicos de consumación anticipada, de modo que la misma se produce con absoluta independencia de cualquier resultado posterior.

Debemos indicar además, que incluir todos los delitos contra la vida y la integridad personal dentro de la categoría de delitos de peligro abstracto, resulta una imprecisión grave, por cuanto obviamente dentro de los delitos contra estos bienes jurídicos también los hay aquellos que les menoscaban de forma efectiva, que les lesionan y por tanto que constituyen delitos de lesión, como el homicidio o los distintos tipos penales relativos a la lesiones.

En igual sentido al Tribunal mencionado, se han pronunciado la Cámara Primera de lo Penal de la Primera Sección del Centro y el Juzgado Primero de Instrucción, ambos de la ciudad de San Salvador.

La Cámara ha dicho: "el delito tipificado como "Conducción Temeraria de Vehículos de Motor", conforma un verdadero y auténtico delito de peligro abstracto, lo que indiscutiblemente roza con la legalidad constitucional por cuanto ese tipo de delitos constituyen verdaderas presunciones de Derecho"<sup>50</sup>.

50. Sentencia pronunciada en incidente de apelación, a las ocho horas y treinta minutos del día catorce de diciembre de 2004.

El Juzgado de Instrucción, por su parte y después de hacer una valoración con relación a los delitos de peligro, dijo que:

Se considera al delito de Conducción Temeraria de Vehículo de Motor, un delito de Peligro Abstracto, esto a pesar de que está situado en el Código Penal, dentro de los delitos de peligro contra la vida y la integridad personal, según el Capítulo II del Título II Delitos Relativos a la integridad personal, con ello el legislador aparentemente define el delito como de peligro concreto, pero en realidad al momento en que una persona conduce su vehículo de motor en estado de ebriedad, puede o no poner en peligro bienes jurídicos, entre ellos la vida, la integridad personal, el patrimonio, de terceras personas, no pudiendo ser determinable el bien jurídico en peligro.<sup>51</sup>

Sobre esto digamos que, la naturaleza jurídica de un delito, como de lesión o de peligro abstracto o concreto, viene dado no solo por la ubicación sistemática del tal delito dentro del catálogo del Código Penal, sino además por la propia estructura típica de cada delito. Por otro lado, la afirmación que se plasma en esa resolución parte de unas premisas que podrían ser insostenibles: El delito de conducción temeraria de vehículo de motor no contempla como única modalidad comisiva la conducción del vehículo en estado de ebriedad. A esta forma alternativa de consumación se suman otras que ya han sido estudiadas en párrafos anteriores de este trabajo; de tal manera que debía entonces, explicarse como se justifica la naturaleza de este delito como uno de peligro abstracto, desde la perspectiva de las otras modalidades comisivas. Pero además, la puesta en peligro de otros bienes distintos de la vida o la integridad física de las personas, como producto de una conducción de vehículos de motor en estado de ebriedad, carece de relevancia penal con relación a este delito, porque lo que ha previsto el legislador como resultado de esa acción es la situación de peligro para la vida o la integridad física, y ningún otro bien jurídico. Por eso decíamos que lo que determina la naturaleza jurídico-penal de un delito es su propia estructura típica; en este caso, el legislador ha incluido dentro de la tipicidad objetiva del delito un resultado de peligro concreto para los bienes antes dichos. Finalmente, la decisión comentada no toma en cuenta que el resultado de peligro ha de venir dado no solo por el carácter peligroso que en general pueda reconocerse en la conducción de vehículos en estado de ebriedad, sino por todas las circunstancias

51. Resolución de las doce horas con veinticinco minutos del día treinta de agosto de 2004.

del caso concreto y en particular por la infracción de normas de seguridad vial, que constituye un elemento adicional del tipo penal.

La conducta de conducir en estado de ebriedad, como lo ha dicho aquel Juzgado, puede o no puede poner en peligro algún bien jurídico; pero, eso ha de venir determinado por las circunstancias del caso concreto y por criterios valorativo-normativos, como el mencionado que tiene que ver con la infracción de normas de seguridad vial. En todo caso, el peligro concreto, como elemento del tipo objetivo, debe ser demostrado.

#### A. e) Medios comisivos.

Ya hemos anticipado que la referencia que el Art. 147-E CP hace a vehículos automotores, excluye la posibilidad de entender incluido en el tipo penal otros medios que carezcan de ese mecanismo de impulsión. Entonces, como medio comisivo solo hemos de entender el que reúna esta cualidad, y que puede ser cualesquiera de los vehículos que enumera el art. 12 de la Ley de Transporte Terrestre, Tránsito y Seguridad Vial, salvo los remolques, que está contemplado en la letra b del art. 12.4 de la citada ley, pues según la definición que sobre el mismo ofrece el Reglamento General de Tránsito y Seguridad Vial, en el art. 4.41, ese vehículo carece de tracción propia y está destinado a ser arrastrado por un vehículo automotor.

#### A. f) Ámbitos de ejecución del delito.

No encontramos ninguna limitación expresa con relación a los ámbitos en los que puede encontrar realización este delito; sin embargo, cuando menos dos de las modalidades comisivas fijan de forma implícita como único espacio de realización de este delito, la vía pública.

La ejecución del delito en la modalidad de disputarse la vía con otros conductores o en la realización de competencias, carecen de relevancia penal si no son realizadas en esos espacios públicos destinados al tráfico vial.

Pero, ¿qué es lo que debe entenderse por "vía pública"? Se expresa en el art. 39 de la Ley de Transporte Terrestre, Tránsito y Seguridad Vial, una clasificación de las vías, en especiales, primarias y secundarias; pero el art. 4.51 del Reglamento General de Tránsito y Seguridad Vial,

define vía pública como "todo camino, calle o avenida destinadas para el tránsito de personas, vehículos y animales".

#### B) Tipicidad Subjetiva

Determinar cuál sea el contenido de la estructura subjetiva del delito de conducción temeraria de vehículos de motor, está estrechamente vinculado con el problema de decidir cuál es el contenido de la estructura subjetiva de los delitos de peligro en general, porque aquel delito es uno que participa de esa naturaleza jurídica, como ya lo dejamos expuesto. Entonces, resulta completamente necesario que revisemos qué es lo que la dogmática penal ha dicho en torno a ese tema.

La discusión teórica con relación a cuál sea el contenido de la estructura subjetiva de los delitos de peligro no está planteada en términos de si se trata de delitos dolosos o culposos, porque es mayoritaria la posición de la doctrina penal que ha reconocido que esta clase de delitos participan de una naturaleza jurídico penal dolosa. Tampoco genera una discusión importante el tema relativo a la definición que del dolo se asume como válida o útil en esta clase de delitos, ya que también una posición doctrinal mayoritaria ha reconocido que la definición del dolo a partir de sus elementos constitutivos, como conocimiento y voluntad de realización de los elementos del tipo objetivo, también resulta válida para los delitos de peligro<sup>52</sup>. Por ello es posible que Rodríguez Montañés afirme que "El dolo de peligro no es una clase especial de dolo, sino el concepto común referido a una concreta clase de delitos"<sup>53</sup>.

El problema viene planteado, más bien, por la determinación del contenido de cada uno de los elementos del dolo en los delitos de peligro.

En la dimensión cognitiva del dolo, por ejemplo, se discute no solo acerca de qué debe ser objeto de conocimiento del autor, sino además si se trata de un conocimiento acerca de los elementos o circunstancias del hecho o basta con una representación de las mismas. Struensee<sup>54</sup> reconoce que el concepto "conocimiento" implica un saber cierto, exacto sobre la naturaleza y relaciones de las cosas; pero advierte que el dolo puede estar presente aún cuando el autor no posea ese nivel de conocimiento

52. En este sentido Eberhard Struensee. Op. Cit. Pág. 99.

53. RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, TERESA. Op. Cit. Pág. 173.

54. STRUENSEE, EBERHARD. Op. Cit. Pág. 100.

acerca de los presupuestos objetivos del tipo penal. Por ello se acepta que el elemento intelectual del dolo puede conformarse con la sola representación que de los hechos y sus circunstancias pueda forjarse en la mente del autor.

Ahora bien, ¿Qué es lo que debe conocer, o cuando menos representarse, el sujeto activo de un delito de peligro concreto?

A este respecto, Struensee propone la clasificación de todas las teorías que se refieren al contenido del conocimiento o de la representación en el dolo de peligro, en dos categorías: Las teorías de la representación de la posibilidad de lesión y las teorías de la representación de las circunstancias.

Las primeras exigen que el autor se haya representado la posibilidad de lesión del bien jurídico, aún cuando tal lesión no aparezca; mientras que las segundas se conforman con que el autor alcance a representarse las circunstancias en las que tiene origen el peligro.

Rodríguez Montañés parece fusionar estas dos categorías y explica que el contenido de la representación del autor debe abarcar los siguientes elementos:

- 1° Conocimiento fáctico de la posibilidad de una concreta lesión, lo que supone:
  - 1.1. Percepción del objeto susceptible de ser lesionado y de su entrada en el ámbito de eficacia de la acción peligrosa. El concreto peligro exige un concreto objeto de ataque, que el autor debe representarse como cierto (dolo directo de 2° grado) o como posible (dolo eventual). El grado de concreción en la representación de dicho objeto viene determinado por la redacción del tipo.
  - 1.2. Percepción de las circunstancias que convierten la acción en peligrosa.
  - 1.3. Proximidad física e inmediatez temporal de la posible lesión.
- 2° Juicio de peligro: El autor debe afirmar, ante tales circunstancias, su inseguridad sobre la capacidad de evitación de la lesión, su falta de control sobre la situación, que deja de estar en sus manos, conforme a las leyes de la experiencia.

Se incluye en el juicio de peligro el conocimiento nomológico.<sup>55</sup>

Sin embargo, y haciendo propia la objeción que plantea Struensee con relación al conocimiento que debe tener el autor sobre la posibilidad de lesión del bien jurídico, debemos decir que tal exigencia equipara el dolo de peligro al dolo de lesión y por tanto vuelve "superfluos" a los delitos de peligro porque la punibilidad de una conducta peligrosa carente de resultado lesivo de algún bien jurídico, estaría cubierta ya por lo punibilidad de la tentativa; de tal manera que "para el dolo es necesario solo el conocimiento de las circunstancias, pero no la conclusión sobre la posibilidad de una lesión"<sup>56</sup>. Entonces, la posibilidad de lesión, solo resulta útil al juzgador para valorar las circunstancias en el proceso de determinación de la existencia o no de un peligro real o concreto. Es que ese juicio que se orienta a la comprobación de si se dio o no un resultado de peligro, le corresponde al Juez "teniendo en cuenta todas las circunstancias que concurrieron en el caso, no solo las conocidas en el momento de la acción"<sup>57</sup>.

No obstante lo dicho, debemos reconocer que dentro de esas circunstancias que fundamentan el peligro y que el autor debe representarse, ha de estar incluido el concreto objeto de ataque de la acción peligrosa, porque si la situación de peligro para determinado bien jurídico forma parte de la estructura objetiva del tipo, entonces, el autor debe conocer o cuando menos representarse cuál es el objeto material en el que subyace un bien jurídico y que está siendo colocado en peligro con su acción.

Ahora, en su dimensión volitiva, el dolo debe estar referido exclusivamente a querer realizar aquellas circunstancias que el autor se ha representado; es decir, las que fundamentan el peligro. No puede haber más que eso en su voluntad. Por eso es que en la parte intelectual del dolo no puede exigirse más que la representación de las circunstancias peligrosas, porque exigir la representación de la posibilidad de lesión nos llevaría a planteamos un contenido también diferente para la parte volitiva del dolo en los delitos de peligro que generaría una confusión importante en cuanto a la naturaleza jurídica de esta clase de delitos.

55. RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, TERESA. Op. Cit. Pág. 200

56. STRUENSEE, EBERHARD. Op. Cit. Pág. 103.

57. RAMOS TAPIA, M. INMACULADA. El delito de conducción temeraria con consciente desprecio por la vida de los demás. Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología. RECPC 02-03 (2000), en [www.criminet.lugr.es](http://www.criminet.lugr.es).

Si exigimos que el autor se haya representado la posibilidad de la lesión o el resultado, la determinación de la naturaleza jurídica de los delitos de peligro como dolosos o imprudentes, ya no dependería de unas claves conceptuales generales y por tanto válidas en general para los delitos de peligro, sino de cómo se manifiesta la voluntad del autor frente a esa representación de la posibilidad de lesión de un bien jurídico: ello determinaría que se trate de delitos dolosos (dolo directo-dolo eventual) o de delitos imprudentes.

Tal cosa podría ser útil en la valoración de casos concretos y para resolver problemas concursales, pero no para fijar categorías jurídicas válidas para determinar la naturaleza de los delitos de peligro y en particular el contenido del dolo en los mismos.

Entonces, el dolo en esta clase de delitos está constituido por el conocimiento o la representación de las circunstancias que fundamentan el peligro y por la voluntad de realizar tales circunstancias.

Así es como debíamos identificar la estructura subjetiva del delito de Conducción Temeraria de Vehículos de Motor, en tanto que se trata de un delito de peligro concreto. El autor se representa las circunstancias del hecho por él realizado, que resultan peligrosas para la vida o para la integridad física de terceras personas por él observadas y a pesar de ello quiere realizar tal acción. No se ha representado nunca la posibilidad de lesión para algunos bienes jurídicos, sino solo la situación peligrosa. De llegar a representarse la posibilidad de lesión, tal cosa podría dar lugar a otro tipo penal o al concurso de otros tipos penales, según cuál haya sido la voluntad del autor frente a esa posibilidad de lesión.

### C) Sujeto Activo y Sujeto Pasivo del delito.

El tipo penal no contempla una cualificación particular respecto del sujeto activo, con lo cual cualquier persona puede asumir tal condición en este delito. Tampoco resulta necesario que quien realiza la conducta típica, al tratarse de la conducción de un vehículo de motor, tenga licencia de conducir vehículos; pero obviamente ha de ser autor directo, conforme al contenido del art. 33 CP., aquel que conduce el vehículo; el resto de ocupantes escapan a la imputación de este delito, salvo que hubiesen realizado alguna forma de contribución en su realización, lo cual no parece oponerse a la estructura típica de este delito.

Aunque suele aceptarse que en esta clase de delitos existe la posibilidad de que concurren formas de participación distintas de la autoría directa, como los instigadores, art. 35 CP, o los cómplices en cualquiera de las modalidades que establece el art. 36 CP. (Cooperadores necesarios, cómplices en estricto sentido)<sup>58</sup>, personalmente nos parece muy remota la posibilidad de que se manifiesten formas de contribución que tengan las características de una cooperación necesaria y menos de una complicidad en estricto sentido. Si bien no parece eso contraponerse a la estructura objetiva del delito, sí encontramos serias dificultades en lo que concierne a la parte subjetiva. Hemos dicho que el autor debe representarse las circunstancias que fundamentan el peligro, dentro de ellas incluso aquellas que se refieren al objeto en el que subyace el bien jurídico que es puesto en peligro y no solo el carácter peligroso de la acción en sí misma; no podría exigirse menos al cooperador necesario o al cómplice, que si bien no reside en ellos el dominio del hecho, deben haberse representado las circunstancias que fundamentan el peligro en la acción de otro y tener la voluntad de contribuir en su ejecución. Entonces, por ejemplo, quien facilita su propio vehículo a otra persona de quien sabe se encuentra en estado de ebriedad, para que lo conduzca por la vía pública para dirigirse a su casa de habitación o a cualquier otro destino, puede reconocer en la conducción del vehículo en aquel estado un carácter peligroso en general; pero no se encuentra en condiciones de representarse y menos de conocer con exactitud las circunstancias concretas de peligro, tal como establece el tipo penal, y que el autor sí debía conocer o cuando menos haberse representado; de ahí que no pueda afirmarse que quien proporciona el vehículo haya obrado con dolo, ni siquiera de cooperador necesario, aún cuando objetivamente parece haber proporcionado una condición necesaria en la ejecución del delito.

Sí se muestra de manera más nítida la posibilidad de que concorra en la realización del delito un instigador; esto es, alguien que de manera dolosa determine a otro a su realización. Quien no solo determina a otro, de quien sabe se encuentra en estado de ebriedad, para que conduzca un vehículo de motor, sino que además en el camino lo va induciendo a fin de que rompa con otras normas de seguridad, como lanzarse un semáforo en rojo, a pesar de advertir vehículos circulando en la otra vía, sí puede representarse también las circunstancias de peligro y por tanto obrar con dolo. Ésta persona sí estaría asumiendo la participación en el

58. OLMEDO CARDENETE, MIGUEL. Aspectos prácticos de los delitos contra la seguridad del tráfico tipificados en los arts. 379 y 380 del Código Penal. Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología. RECPC 04-02 (2002), en [www.criminet.ugr.es](http://www.criminet.ugr.es).

hecho, en grado de instigador.

Con relación al sujeto pasivo, de igual forma, entendemos que según la descripción típica, lo puede ser cualquier persona. Vale decir que el sujeto pasivo no necesariamente ha de estar realizando actividades de conducción de vehículo, sino que también puede ser un viandante, un peatón.

Aún cuando el tipo penal se refiere en general a "las personas", ya hemos reconocido que el bien jurídico que se pretende proteger con este delito lo constituyen bienes jurídicos individuales como son la vida y la integridad física y de ninguna manera se orienta a la protección de bienes colectivos o supraindividuales como una indefinible seguridad colectiva o seguridad del tráfico; con lo cual debe identificarse la persona o las personas, que participan de la actividad en el tráfico vial sea como conductores o como peatones, cuya vida o integridad física ha sido colocada en una situación de peligro concreto.

Vale la pena señalar que los sujetos pasivos no se limitan al "hombre y la mujer vivos físicamente considerados", pues como lo anticipábamos en el capítulo referido al bien jurídico, ello dejaría por fuera a un amplio sector de la población, como son los niños y adolescentes; es decir aquellas personas que no han alcanzado la edad adulta.

#### D) Antijuridicidad.

En general todas las modalidades comisivas han de mostrarse contrarias al ordenamiento jurídico y por tanto han de ser formalmente antijurídicas (la generación de un resultado de peligro concreto para un determinado bien jurídico, sería expresión de su antijuridicidad material). Sin embargo, parece que la forma comisiva que se refiere a la realización de competencias de velocidad en la vía pública carecería de este carácter antijurídico, aún cuando con ello se generara algún peligro para los bienes jurídicos mencionados, si tal competencia ha sido avalada por la autoridad pública correspondiente.

Es condición de tipicidad, que determina la ilicitud de la conducta, que la competencia no cuente con autorización de la Administración pública, con lo cual si la misma sí ha sido legalmente autorizada, quienes participen

de esa competencia no incurrirán en delito alguno.

#### E) Culpabilidad

Como lo dijimos al hablar del tema de la ebriedad, que conducir vehículos en ese estado forme parte de una de las modalidades comisivas genera algunas dificultades importantes en la determinación del ámbito de lo punible, porque por lo general la ebriedad opera como una circunstancia modificativa o extintiva de la responsabilidad penal, salvo cuando la misma ha sido preordenada a la ejecución del delito o cuando ha podido preverse la ejecución de alguno.

Es precisamente esa excepción la que opera en este delito como regla general para rechazar, en principio, la concurrencia de alguna circunstancia eximente de responsabilidad penal, como la prevista en el número cuatro del artículo veintisiete del Código Penal, que dice que no es responsable penalmente "quien en el momento de ejecutar el hecho, no estuviere en situación de comprender lo ilícito de su acción u omisión o de determinarse de acuerdo a esa comprensión, por cualquiera de los motivos siguientes: [...] b) Grave perturbación de la conciencia" o la atenuante de responsabilidad penal por inferioridad psíquica por intoxicación, regulada en el número uno del art. 29 CP; porque precisamente si bien el colocarse en estado de ebriedad no necesariamente ha de estar orientado conscientemente a la posterior ejecución de un delito, sí es posible prever su ejecución.

Es decir, que por lo general ha de estimarse la *actio libera in causa* del art. 28-A CP, que destierra cualquier posibilidad de exoneración de responsabilidad penal cuando el autor ha buscado deliberadamente colocarse en esa situación de inimputabilidad y escapar a la responsabilidad por el delito que previamente se ha determinado a ejecutar, o cuando menos cuando se pudo haber previsto la ejecución de un delito. En todo caso, la eximente de responsabilidad exige una grave perturbación de la conciencia, estado que no es el exigido necesariamente en el delito de conducción temeraria de vehículo de motor, pues para efectos típicos basta con que el autor haya visto disminuidas sus capacidades para conducir vehículos de motor, producto de su ebriedad alcohólica o de cualquier otra etiología, pero no necesariamente que su conciencia se encuentre completamente alterada imposibilitándole de comprender lo ilícito de su acción o de determinar su comportamiento de acuerdo a esa

comprensión; Es decir, que con la disminución de la capacidad de conducir, que exige el tipo penal, no necesariamente se va a producir también una alteración en los dos componentes de la culpabilidad: comprensión de la ilicitud y capacidad de orientar la conducta de acuerdo a esa comprensión. Si esas dos dimensiones de la culpabilidad se vieran afectadas, en todo caso, estaríamos en presencia, como ya lo dijimos, de la acción libre en su causa, del art. 28-A CP.

#### F) Penalidad

Como consecuencia jurídica de la ejecución del delito de conducción temeraria de vehículo de motor se prevé la imposición de una pena principal y de una pena accesoria impuesta como pena también principal.

La primera de las penas es la de prisión, cuyo límite mínimo ha sido dispuesto en un año y el máximo puede alcanzar hasta los tres años. También se ha impuesto como pena principal, la pena de inhabilitación del derecho de conducir vehículos de motor, que está prevista como pena accesoria en el art. 46.4 CP; pero que en virtud del contenido del párrafo segundo del artículo citado, ha imponerse como pena conjunta con la de prisión.

El párrafo final contiene un supuesto agravado en el que la pena puede ser aumentada hasta una tercera parte del máximo, cuando la conducción temeraria lo ha sido con relación a vehículos de transporte colectivo o de carga pesada. Quizá se encuentre justificada tal cualificación de la pena, porque la conducción de esos vehículos en las condiciones típicas supra apuntadas, representa un carácter peligroso mayor.

#### G) Fases de Ejecución del Delito.

Hemos dicho que la Conducción Temeraria de Vehículos de motor constituye un delito de peligro concreto, con lo cual se trata de un delito de resultado, lo que permitiría la posibilidad de reconocer formas de imperfecta realización de ese delito; sin embargo, la estructura legal del tipo no da lugar a tal cosa. No es posible, como está estructurado el tipo penal, pensar en que pueda haber momentos anteriores a la generación de la situación de peligro concreto, en los que aparezcan las características de una tentativa de este delito. Entonces, solo hemos de encontrar la fase de consumación que aparecerá en el momento mismo en el que se

provoca, como resultado, una situación de peligro para un bien jurídico determinado, en particular la vida o la integridad física.

#### H) El tipo penal y el tipo administrativo de conducción temeraria.

Que la Ley de Transporte Terrestre, Tránsito y Seguridad Vial haya establecido como una infracción administrativa algunas de las modalidades bajo las cuales se puede cometer el delito de conducción temeraria de vehículo de motor –la conducción bajo efectos de bebidas embriagantes, por ejemplo – y que en el Reglamento General de Tránsito y Seguridad Vial se defina al conductor temerario como aquella persona que, entre otras cosas, conduce un vehículo en estado de ebriedad con concentraciones de alcohol que superen los cien miligramos de alcohol por cada cien mililitros de sangre, o bajo los efectos de drogas, fijando además su correspondiente sanción, ha generado fuertes señalamientos acerca de la vulneración del principio de única persecución o *non bis in idem*.

La sola coexistencia de una infracción administrativa en materia de seguridad vial que tenga como contenido uno o varios de los elementos típicos de un delito, no supone por sí misma la infracción de ese principio de única persecución, que tiene como sustento la preservación de la seguridad jurídica, según puede inferirse del contenido de la Sentencia número HS019805.06, de la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, pronunciada a las doce horas con quince minutos del día cuatro de septiembre de 2006 en el expediente de exhibición personal registrado con el número 198-2005, en la que dijo: *El ne bis in idem* es una garantía constitucional cuya finalidad es impedir la doble o múltiple persecución y brindar la seguridad jurídica a la persona contra la que se siguió un proceso penal de que una vez dictada sentencia definitiva no volverá a ser juzgada por los mismos motivos"; pero también la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia ha reconocido a la seguridad jurídica como fundamento de la prohibición de doble persecución contenida en el art. 11 Cn., cuando en su sentencia de fecha veinticinco de septiembre de 2001 pronunciada en el expediente número 134-A-98, dijo citando al autor Alejandro Nieto: "la defensa de los valores de seguridad jurídica y justicia, imposibilitan dos procesos y dos resoluciones iguales o diferentes, sobre el propio tema o el mismo objeto procesal".

Lo que determinaría la conculcación del tal principio, sería la presencia de la triple identidad que surge como exigencia para que se establezca una doble persecución: misma persona, mismos hechos y misma pretensión. Así se ha expresado en diferentes sentencias de la Sala de lo Constitucional, entre ellas, la que hemos citado antes; pero también la doctrina administrativa exige esa triple identidad. Así nos lo dice Maljar, al referirse a este principio: "En una de sus manifestaciones más conocidas [...] supone la imposibilidad de que recaiga una duplicidad de sanciones administrativa y penal sobre los mismos hechos, en los casos en que se aprecie identidad de sujeto, hecho y fundamento".<sup>59</sup>

Ahora, si bien la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia se ha mostrado de acuerdo con que el problema de intervención de dos órganos represivos puede suscitarse en ámbitos distintos, por ejemplo entre un tribunal penal y un órgano administrativo<sup>60</sup>, lo cual exigiría el examen de la triple identidad de la que hablábamos para descartar o confirmar una doble persecución, por su parte la Sala de lo Constitucional parece limitar las posibilidades de *ne bis in idem* a un solo ámbito, pues ha dicho en sus resoluciones de fechas 14 de noviembre de 2002 y 26 de enero de 2004<sup>61</sup> que: "Sobre esa idea, debe aclararse que el doble juzgamiento o los procesos que presumiblemente se hayan instruido a una persona deben ser de la misma naturaleza sustantiva y procesal, pues de lo contrario la identidad alegada carece de sentido, ya que los objetos materiales de enjuiciamiento son totalmente diferentes". Ello parece sugerir que solo se podría hablar de doble persecución en un mismo ámbito, sea este jurisdiccional o administrativo, pero nunca en una combinación de ambos.

En todo caso, al verificarse de manera efectiva la triple identidad, ha de tener prelación el orden jurisdiccional para pronunciarse sobre los hechos; esa es la solución que de alguna manera propone la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia, cuando en su sentencia de fecha 25 de septiembre de 2001 pronunciada en el expediente registrado con el número 134-A-98, citando a Ignacio Berdúgo

59. MALJAR DANIEL E. *El derecho administrativo sancionador*. Ad-Hoc S.R.L., Buenos Aires, 2004. Pág. 248.

60. Sentencias de fecha 9 de julio de 1999 pronunciada en el expediente registrado con el número 128-C-97 y de fecha 25 de septiembre de 2001 pronunciada en el expediente registrado como 134-A-98, en esta última sentencia, la Sala dijo: "hay que tener en cuenta la posible intervención de dos tipos de órganos represivos - judiciales y administrativos -, lo cual significa que la duplicidad de decisiones puede surgir entre un tribunal penal y un órgano administrativo".

61. Resoluciones pronunciadas en los procedimientos de exhibición personal, registrados con los números 153-2002 y 147-2003, respectivamente.

Gómez de la Torre y Juan Carlos Ferré Olivé, dice: "si una misma conducta puede caer en los ámbitos -penales y administrativos-, habrá que investigar en primer lugar su adecuación al precepto penal, que de comprobarse, excluiría la responsabilidad administrativa".

Entonces, si el comportamiento trasciende la sola conducción de vehículos en estado de ebriedad o bajo los influjos de drogas (infracción administrativa), para erigirse en una situación de peligro concreto para la vida o la integridad física de personas individualizadas, que es el resultado típico del delito de Conducción Temeraria de Vehículos de Motor, debíamos reconocer que tal comportamiento escapa a las competencias sancionatorias de la administración pública, y su juzgamiento compete a los órganos jurisdiccionales; la fijación de una multa de tránsito por un agente policial, seguida del proceso penal por el delito de conducción temeraria de vehículos de motor, podría suponer la vulneración de la prohibición de doble persecución en su vertiente material, esto es en la imposición de doble sanción -administrativa y penal -por un mismo hecho, porque obviamente la conducción de un vehículo en estado de ebriedad o bajo los influjos de drogas forma parte de la estructura típica del delito apuntado. La multa, al configurarse el delito, resulta ilegítima en su imposición, porque es el órgano jurisdiccional el competente para conocer de aquellos hechos.

Podrá ocurrir que en el curso del proceso penal se demuestre la inexistencia de un peligro concreto para terceros y ello motive una decisión a partir de la cual se exonere de responsabilidad penal al infractor; en tal caso sí creemos conveniente que entre a conocer la administración pública, pues de lo contrario aquel hecho que solo ha llegado a representar una infracción administrativa, quedaría completamente impune.

### CAPITULO III. PROBLEMAS CONCURSALES. A) Consideraciones previas.

Con el propósito de no discurrir en teorizaciones agobiantes sobre el concurso de delitos y el concurso aparente de normas, hemos de centrar nuestra atención de manera exclusiva en los problemas concursales que en nuestro país ha generado la presencia, en la realidad, de conductas de conducción temeraria de vehículo de motor, pero en las que además ha habido un resultado de lesión de la vida o de la integridad física de terceros, y cómo esos problemas han sido resueltos por diversos juzgados y tribunales.

No obstante lo dicho antes, permítasenos señalar que en la doctrina penal —en la española cuando menos— las respuestas a la conducción temeraria seguida de un resultado de lesiones o de muerte, ha sido muy diversa y se ha hecho depender, entre otras cosas, de la proyección de la culpabilidad del autor (o más exactamente, de su responsabilidad subjetiva).

Es así como dentro de las posibilidades concursales se ha incluido la realización culposa del delito de conducción temeraria con resultado de lesiones o muerte de terceros, pero al no estar expresamente regulado el tipo culposo de la conducción temeraria, solo cabría determinar responsabilidad por un delito culposo de lesiones u homicidio, según sea el caso.<sup>62</sup> A ello se suma muchas otras variantes que se hacen depender, como ya lo dijimos, de la proyección de la "culpabilidad" del autor; esto es, según que el autor haya obrado con culpa o con dolo (en cualquiera de sus modalidades) con relación al resultado lesivo. Pero también, la relación concursal se hace depender de la coexistencia de personas lesionadas o muertas con otras solamente puestas en peligro.

Hay otras posiciones doctrinales, sin embargo, en las que se afirma que el resultado lesivo ha de ser siempre culposo, lo que si bien no rechaza de plano la existencia de relaciones concursales, sí parece oponerse a que el resultado lesivo subsecuente a una conducción temeraria, pueda estimarse como un resultado doloso.<sup>63</sup>

La jurisprudencia local, al igual que la doctrina citada, ha sido dispar en la resolución de los problemas concursales; pero presenta un riesgo añadido de vulneración del principio constitucional de culpabilidad y sus derivaciones, así como del principio de prohibición de doble persecución o *non bis in idem*, pues algunas de las decisiones que se han pronunciado no parecen atender a la dirección de la voluntad del autor ni al contenido típico de los delitos presuntamente confluyentes en una misma acción. De hecho, en más de alguna resolución se ha afirmado que la conducción temeraria y el resultado lesivo constituyen dos acciones

62. MORENO ALCAZAR, MIGUEL ÁNGEL. óp. cit. pág. 133.

63. CARMONA SALGADO, CONCEPCIÓN y otros. *Compendio de derecho penal español*. Marcial Pons Ediciones Sociales y Jurídicas, S.A., Madrid-Barcelona. 2003. Pág. 719. Dice esta autora: "El dolo concurrente, conocido como dolo de peligro, frente al calificado como dolo de lesión, debe abarcar la conducta temeraria y el riesgo concreto derivado de ella para bienes jurídicos tan relevantes como la vida y la integridad de las personas, quedando obviamente excluido de su ámbito el resultado lesivo mismo, que debe ser siempre imprudente".

o hechos distintos y diferenciables, para explicar y justificar un concurso real de delitos, mientras que otros juzgados han reconocido la existencia de un concurso ideal o incluso, apartándose de las reglas de concurso de delitos, han asegurado que entre la conducción temeraria y el resultado lesivo existe una relación de subordinación en la que el delito de lesión, sean lesiones culposas u homicidio culposo, absorbe al delito de conducción temeraria, dando lugar a la regla tercera del art. 7 CP; es decir, que se da lugar a la configuración de un concurso aparente de leyes.

#### **B) Tratamiento en la jurisprudencia salvadoreña de la concurrencia del delito de Conducción Temeraria de Vehículo de Motor con resultado de lesión o muerte de terceros.**

Las resoluciones que vamos a reseñar, aún cuando corresponden a diversos juzgados, han sido recogidas del texto de sentencias pronunciadas por la Corte Suprema de Justicia en la tramitación de conflictos de competencia.

Dentro de esas resoluciones encontramos unas, que si bien coinciden en reconocer un concurso de delitos, se diferencian en cuanto a la naturaleza de ese concurso, pues mientras unos hablan de un concurso ideal entre la conducción temeraria y el delito que configure el resultado lesivo efectivamente producido; otros en cambio, entienden que lo que existe es un concurso real de delitos. Luego, estas mismas sentencias no muestran coincidencia con relación a la naturaleza dolosa o culposa del resultado lesivo.

Una posición minoritaria que al parecer no logró sobrevivir en el tiempo, desde que la Corte Suprema de Justicia dijo que "no la comparte ni la avala", es aquella que rechazaba la existencia de un concurso de delitos y aceptaba la configuración de un solo delito culposo, determinado por la consunción de la conducción temeraria en el resultado lesivo, lo que daba lugar, según esta posición, a la regla tercera del art. 7 CP.

De la primera de las posiciones jurisprudenciales anotadas han participado el Juzgado Segundo de Tránsito de San Salvador y la Corte Suprema de Justicia; pero, mientras que el juzgado citado indicó que se trataba de un concurso ideal de delitos conforme al art. 40 CP, la Corte Suprema de Justicia ha dicho que la figura aplicable es la de un concurso

real de delitos de conformidad con el art. 41 CP.

En ambos casos resulta difícil distinguir las razones que llevaron a esos tribunales a conclusiones diversas, especialmente cuando los dos parten de una premisa que parece común: que la conducción temeraria y el delito que configure el resultado lesivo (homicidio o lesiones) son heterogéneos y excluyentes entre sí.<sup>64</sup>

Ese argumento por sí solo no podría sostener el rechazo de ambos tribunales a un concurso aparente de normas, pero menos suficiente resulta para diferenciar un concurso ideal de un concurso real, de delitos; pues, de hecho, la doctrina penal acepta la existencia de concurso ideal de delitos en modalidades de concurso ideal heterogéneo y concurso ideal homogéneo<sup>65</sup>; y en el concurso real la posibilidad de que aparezcan resultados que den lugar a delitos heterogéneos es más evidente, por cuanto se trata no de una sola acción, sino de varias, perfectamente distadas en el tiempo.

El único dato diferenciador lo encontramos en diversas resoluciones de la Corte Suprema de Justicia en las que se añade como razón de la existencia de un concurso real de delito, la afirmación de que "el delito de Conducción Temeraria de Vehículo de Motor, se agota desde el momento mismo en que el sujeto activo conduce temerariamente un vehículo automotor bajo los efectos de bebidas embriagantes, a través de las modalidades que al efecto describió el legislador, independientemente de que éste produzca resultados"; también encontramos un dato diferenciador cuando la Corte Suprema de Justicia señala que:

Quando la representación fiscal requiera por el delito de Conducción Temeraria de Vehículo de Motor, son competentes para desarrollar la fase de instrucción los jueces de la jurisdicción común, ya que se trata de una conducta anterior a la producción de los resultados culposos, generados a partir de esa conducción imprudente<sup>66</sup>.

Al parecer, con estas afirmaciones, la Corte Suprema de Justicia está reconociendo la realización de dos delitos distintos a partir de dos

64. Resoluciones pronunciadas por el Juzgado Segundo de Tránsito de San Salvador, en fechas 2 de octubre de 2006 y 24 de agosto de 2006, y resoluciones pronunciadas por la Corte Suprema de Justicia en fecha 13 de septiembre de 2007, en el expediente registrado con el número 46-COMP-2006 y en fecha 9 de octubre de 2007.

65. MIR PUIG, SANTIAGO. *Derecho penal, parte general*, 5ª edición. Editorial Reppertor, S.L., Barcelona 1998, pág. 669.

66. Resolución de las trece horas con diez minutos del día 9 de octubre de 2007.

comportamientos igualmente distintos, elemento esencial del concurso real de delitos.

Pero, las decisiones de estos tribunales también son diferentes, porque asignan al resultado lesivo efectivamente producido una naturaleza jurídico-penal distinta. En unas resoluciones han dicho que ese resultado es culposo, pero en otras han asegurado que se trata de un resultado doloso.

De manera reiterada se dijo, por el Juzgado Segundo de Tránsito de San Salvador, que "es imposible que un mismo comportamiento humano se proyecte de manera simultánea como doloso y culposo a la vez"<sup>67</sup>; sin embargo, algunas veces ha insistido en la calificación de ese resultado lesivo como un delito culposo, mientras que en otras oportunidades sí lo calificó como un resultado doloso.

Por ejemplo, en una decisión de fecha 24 de agosto de 2006, dijo: "de conformidad con el art. 40 del Código Penal, procedía la calificación del hecho como Conducción Temeraria de Vehículo de Motor en concurso ideal de delitos con el de Lesiones Culposas, bajo la figura del dolo eventual"; pero, en decisión de 2 de octubre de 2006, sí afirmó que el concurso ideal de delitos lo era entre el delito de Conducción Temeraria de Vehículo de Motor y un Homicidio Simple cometido con la modalidad de dolo eventual.

Un comportamiento similar encontramos en la tendencia jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia, pues algunas veces, la mayoría, se ha indicado por el máximo Tribunal de justicia, que el resultado lesivo participa de una naturaleza culposa; pero, también ha aceptado la concurrencia de un resultado doloso. Así, como muestra de esas posiciones jurisprudenciales merece la pena destacar dos resoluciones, la primera pronunciada a la once horas y quince minutos del día treinta de junio de 2005, en el expediente registrado con el número 46-COMP-2005, en la que dijo: "por lo tanto, estimamos que las lesiones producidas en el caso que ahora nos ocupa no pueden considerarse culposas, pues éstas se ocasionaron a raíz de una acción dolosa, como lo es el delito de Conducción Temeraria de Vehículo de Motor". Y la resolución de las nueve

67. Resoluciones de fechas 7 de junio de 2005, 13 de marzo de 2006, 11 de agosto de 2006, 24 de agosto de 2006 y 2 de octubre de 2006.

nueve horas y quince minutos del día trece de septiembre de 2007, pronunciada en el expediente registrado con el número 40-COMP-2006, en la que expresó:

Sin embargo, este Tribunal Superior considera que nos encontramos en presencia de dos delitos heterogéneos y excluyentes entre sí, es decir dos hechos punibles de distinta naturaleza y gravedad, pues el delito de Conducción Temeraria de Vehículo de Motor se agota concretamente en el preciso momento que el sujeto activo conduce un vehículo de motor en estado de ebriedad o bajo los efectos de las drogas, en tal sentido, cabe precisar que, no podría calificarse y sancionarse una conducta de naturaleza culposa como dolosa, cuando es claro y ostensible que estamos frente a un caso de naturaleza culposa, pues el resultado de la muerte del ahora occiso no fue querido ni deseado por el imputado [...] por lo tanto, sancionar tales conductas como dolosas, rompería con garantías penales mínimas que caracterizan nuestro Derecho Penal, es decir, con los principios de Responsabilidad y Proporcionalidad de la Pena.

Finalmente, la posición jurisprudencial a partir de la cual se reconocía en la Conducción Temeraria seguida de un resultado lesivo, un concurso aparente de normas, por la regla de absorción o consunción regulada en el art. 7.3 CP, fue en su momento aceptada por varios Juzgados de Paz; entre ellos, el Juzgado de Paz de El Paraíso, Departamento de Chalatenango en resolución pronunciada en audiencia inicial celebrada en fecha nueve de agosto de 2006; El Juzgado Quinto de Paz de San Salvador, en resolución pronunciada en audiencia inicial celebrada en fecha nueve de diciembre de 2005; El Juzgado de Paz de Apopa, en resolución pronunciada en audiencia inicial celebrada en fecha 28 de septiembre de 2006; El Juzgado Segundo de Paz de San Salvador, en resolución dictada en audiencia inicial que fue celebrada el día 4 de abril de 2005 y el Juzgado Décimo de Paz de San Salvador, en resolución pronunciada en audiencia inicial celebrada en fecha 22 de agosto de 2006.

De esas diversas resoluciones destacamos la pronunciada por el Juzgado Segundo de Paz de San Salvador, en la que aseveró que cabía el concurso aparente de leyes porque el delito de lesiones es más amplio y avanza más en el desarrollo de la acción y por tanto ese delito comprende ya el reproche penal dirigido a la conducción temeraria de vehículo de motor; y también subrayamos la decisión del Juzgado Décimo de Paz de

San Salvador, en la cual, si bien se hacía alusión a la absorción del reproche penal dirigido al delito de Conducción Temeraria por parte del delito de lesiones culposas, se dijo que esa absorción lo era por una relación de subsidiariedad tácita, porque al ser el delito de conducción temeraria un delito de peligro concreto, la producción de un resultado lesivo hace que el delito de peligro pierda aplicabilidad, pues el resultado no es sino la realización efectiva del peligro generado con la conducción temeraria.

### C) Valoraciones sobre algunas de las tendencias jurisprudenciales anotadas.

Cuando la realidad nos muestra un resultado lesivo de la vida o de la integridad física de las personas, al que precede un comportamiento de conducción temeraria de vehículos de motor, debemos tomar en cuenta que para enfrentar la decisión acerca de si esa realidad puede ser asumida como un concurso de delitos o como un concurso aparente de normas, no puede obviarse la consideración de principios constitucionales sustentadores de nuestro Derecho penal, como son el principio de culpabilidad y el de única persecución, también formulado como prohibición de doble persecución o *Non bis in idem*.

El primero de ellos, el de culpabilidad, como lo ha indicado el Licenciado Carlos Ernesto Sánchez Escobar<sup>68</sup>, es reconocible en el art. 12 Cn. Sin embargo, en el ámbito en el que ahora lo valoramos resulta más adecuado denominarlo como principio de responsabilidad subjetiva. Esto no es una mera diferencia terminológica, sino más bien un ajuste del concepto a la dogmática penal y concretamente al contenido de algunas categorías del delito. Así, si por virtud del principio de responsabilidad subjetiva entendemos que "no puede haber pena sin dolo ni imprudencia y que, en caso de haber alguna de esas formas de desvalor de la acción, la pena ha de ser proporcional al grado de responsabilidad subjetiva"<sup>69</sup> y la imprudencia y el dolo no forman parte de la culpabilidad, sino más bien del tipo subjetivo y además constituyen grados diversos del desvalor subjetivo de la acción, como lo ha indicado Luzón Peña, lo más correcto es llamar a este principio, como principio de responsabilidad subjetiva, por contraposición a la responsabilidad objetiva, que se encuentra

68. SÁNCHEZ ESCOBAR, CARLOS ERNESTO. *El principio de culpabilidad penal*. Revista Justicia de Paz N° 13, año V Volumen III. Corte Suprema de Justicia, San Salvador, 2003. Pág. 79

69. LUZÓN PEÑA, DIEGO MANUEL. *op. cit.* pág. 535.

proscrita de nuestro ordenamiento jurídico, tal como lo estableció el legislador en el párrafo primero del art. 4 CP.

Este principio impediría, entonces, que pueda sancionarse más allá de la propia responsabilidad personal del autor; determinada, esa responsabilidad, por el contenido de su voluntad. Pero también contribuye a dar respuesta a hechos que se presentan en la realidad en los que existe una combinación de dolo/imprudencia o de dolo/dolo o de imprudencia/imprudencia.

Es que, como lo ha señalado Luzón Peña, en la realidad pueden aparecer no solo los hechos que resultan cotidianos, en los que únicamente existe dolo o imprudencia, sino también otros en los que varias conductas independientes entre sí, realizadas por un solo sujeto, posean un distinto contenido subjetivo, siendo unas dolosas y otras imprudentes y que se resolverían conforme a las reglas del concurso real de delito; pero también puede ocurrir que "una sola acción realiza dos tipos distintos, uno doloso y otro imprudente —o ambos dolosos o imprudentes—. En tal supuesto la combinación puede resolverse, que será lo habitual, por las reglas normales del concurso ideal de delitos"<sup>70</sup>.

Podemos ahora construir unas conclusiones importantes que encuentran como fundamento este principio de responsabilidad subjetiva y que nos resultan útiles para valorar las líneas jurisprudenciales anotadas; estas conclusiones son: sí es posible ontológicamente hablando, encontramos en la realidad con que un mismo comportamiento humano se proyecte a la vez como doloso y culposo respecto de los resultados que produce y además, que todos los resultados producidos por la realización de un comportamiento inicialmente doloso, no tienen porque ser considerados igualmente como dolosos; hacerlo así constituiría la atribución de responsabilidades objetivas o responsabilidad por el resultado, a la manera del medieval paradigma del *versari in re ilícita*, a partir del cual se entendía que el autor de un comportamiento inicialmente ilícito había de responder de todas sus consecuencias, incluso de aquellas que le eran imprevisibles o que son el resultado de un caso fortuito; pero, proceder de aquella manera, sin atender a la intención del autor, también podría corresponder a la figura de la preterintencionalidad, que de igual forma da lugar a la atribución de una responsabilidad objetiva.

70. LUZÓN PEÑA, DIEGO MANUEL. óp. cit. pág. 532.

Entonces, a la hora de decidir acerca de un concurso de delitos o de normas, debemos prestar atención a no vulnerar este principio de responsabilidad subjetiva.

Pero también hemos dicho que debe orientar la decisión acerca de un concurso, sea éste de delitos o de normas, el principio de única persecución o *non bis in ídem*, que encuentra materialidad normativa en el art. 11 Cn., en tanto que una inadecuada valoración de un hecho luego calificado como un concurso, puede llevarnos al atropello de ese principio constitucional; así lo ha reconocido de alguna manera Pessoa cuando dice: "considerando efectos más específicos de la teoría del concurso de delitos, es posible afirmar que solamente si se dispone de criterios teóricos precisos es posible evitar violaciones al principio *non bis in ídem* o la imposición de castigos excesivos o insuficientes"<sup>71</sup>.

Idea que también sustenta Hernández Plasencia, cuando al referirse al concurso de leyes, dice:

Supone pues el concurso de leyes la posible aplicación a un mismo hecho de al menos dos preceptos penales, de los que solo uno resulta aplicable y los restantes quedan desplazados por entrar en juego unos principios interpretativos: especialidad, subsidiariedad, consunción, gravedad, etc. El fundamento se encuentra en la evitación de castigar dos veces el mismo hecho por dos o más normas, o sea, para no violar el principio de *non bis in ídem*, cuando una sola de las concurrentes es suficiente por sí misma para aprehender el desvalor total de la conducta<sup>72</sup>.

Esa idea de desplazamiento de una norma por otra, nos hace recordar la tesis que entiende el concurso aparente de leyes como una relación excluyente entre tipos penales, que al parecer es la que asume el autor citado.

A partir de lo que hasta ahora hemos anotado, podemos reafirmar lo que en otra parte de este capítulo dijimos: que resulta insuficiente para sustentar un concurso de delitos, el argumento de que el delito de conducción

71. PESSOA, NELSON R. Concurso de delitos. Teoría de la unidad y pluralidad delictiva. Editorial Hammurabi, Buenos Aires, Argentina, 1996. Pág. 33.

72. HERNÁNDEZ PLASENCIA, JOSÉ ULISES. Delitos de peligro con verificación de resultado: ¿concurso de leyes?. Anuario de Derecho Penal. 1994. Fascículo I, pág. 116. En <http://www.cienciaspenales.net>

temeraria y el delito a que dé origen el resultado lesivo, sean lesiones u homicidio, son heterogéneos y excluyentes. Es que precisamente esa idea de exclusión recíproca es la que sustentaría el concurso de normas y no de delitos.

Ahora, partiendo de los principios anotados, y de lo que hemos dicho en el capítulo II de este trabajo al ocuparnos del ámbito subjetivo del delito de conducción temeraria de vehículo de motor, podemos asumir como plausible la posición de la doctrina española a partir de la cual, la relación concursal se determina por la proyección de la "culpabilidad" del autor en relación con el resultado. Entonces, Si la conducción temeraria es un delito de peligro y el dolo solo está referido a las circunstancias que fundamentan el peligro, pero no comprende a la efectiva lesión, la atribución de ese resultado de lesión siempre como un delito doloso, rompería flagrantemente con el principio de responsabilidad subjetiva. Pero nada obsta, para que pueda pensarse en un concurso, ideal, de delitos, entre la conducción temeraria y un delito de lesiones u homicidio culposos, si aquel resultado no era querido por el autor, pero se encontraba en condiciones de preverlo y no obstante ello, confió en que el mismo no acontecería (culpa consciente).

Pero, puede ocurrir que el dolo del autor haya trascendido las solas circunstancias que fundamentan el peligro derivado de la conducción temeraria y se haya proyectado hasta la lesión efectiva del bien jurídico, sea éste la vida o la integridad personal; en tal caso, creemos que no podríamos hablar de un concurso de delitos, porque el resultado es la realización material del peligro, y que además ha formado parte del dolo del autor, con lo cual solo debía atribuirse el delito que corresponda por el resultado lesivo acaecido. Así podría inferirse de lo que ha dicho Hernández Plasencia: "Esto sucede justamente con los delitos de peligro respecto de los delitos de lesión, que absorben el peligro si los bienes jurídicos de ambos tipos penales son idénticos, o uno es instrumental del otro [...] pues se concibe que el resultado desvalora el previo peligro necesario para su ocasionamiento".<sup>73</sup> Es evidente que en estos casos los bienes jurídicos son los mismos: Vida e integridad personal. Sí podríamos reconocer un concurso (real, a caso) de delitos, si además de las personas lesionadas o fallecidas, otras han sido solo puestas en peligro, y tal peligro fue previsto y querido por el autor.

73. HERNÁNDEZ PLASENCIA, JOSÉ ULISES. óp. cit. pág. 118.

En definitiva, sí es posible que en la realidad se muestren relaciones concursales de delitos, entre la conducción temeraria de vehículos de motor y lesiones u homicidio; pero éstas no siempre han de ser en combinaciones de dolo/dolo o de dolo/imprudencia; ello dependerá del ámbito de actuación subjetiva del autor, pues solo así puede respetarse el principio de responsabilidad subjetiva. Además, también entendemos que hay cuando menos un supuesto de concurso aparente de normas, que es el que ya mencionamos, en el que no cabe el concurso de delitos, sino la sola calificación del hecho como un delito de resultado doloso, sea este de lesiones o de homicidio. De lo contrario, en este caso sí, se incurriría en una vulneración del principio de única persecución.

#### **CAPITULO IV. PROBLEMAS PROCESALES DERIVADOS DEL DELITO DE CONDUCCION TEMERARIA.**

La criminalización de la conducción temeraria ha generado también una importante cantidad de problemas que se manifiestan a nivel procesal de diferentes maneras y que van desde la determinación probatoria de algunos elementos del tipo penal hasta la fijación de cuál sea el valor procesal del alcoholtest o si con su realización se vulnera o no alguna garantía procesal.

En las líneas que siguen nos vamos a ocupar de estos temas

##### **A) Problemas en la demostración probatoria de la ebriedad y de otros elementos del tipo penal.**

La compleja estructura del delito que ha sido objeto de nuestra investigación ha determinado que su demostración en el seno de un proceso penal resulte a su vez de una complejidad importante. No debemos perder de vista, para asumir alguna posición frente a este tema, que ya hemos reconocido en la ebriedad como elemento del tipo penal, un carácter descriptivo y no normativo, lo que significa que tal elemento resulta perceptible por los sentidos y por tanto de conformidad con el principio de libertad probatoria contenido el art. 162 CPP., su demostración puede encontrar materialidad en diversos medios probatorios, incluso en testimonios.

En todo caso y por lo que ya hemos dicho con relación a este elemento del tipo penal, su demostración no tiene porque estar vinculada

con el hallazgo de determinada tasa de alcohol en aire espirado o en sangre, salvo que los niveles que se encuentren sean desmesurados y a partir de los cuales pueda siempre entenderse que cualquier persona puede ver afectado su sistema neurológico, al margen de sus características personales particulares. De ahí que el valor de cualquier medio de investigación o probatorio orientado hacia la demostración de la concentración de alcohol en el organismo de una persona, sea marginal; es un valor muy limitado porque con ello no se demuestra necesariamente un estado de ebriedad al que pueda sumársele como consecuencia inmediata la disminución de las capacidades para conducir vehículos. Entonces, a las pruebas técnicas que estén orientadas hacia el hallazgo de alcohol en el organismo del sujeto activo debe acompañarles otras clases de pruebas a partir de las cuales sí pueda determinarse si la persona presenta o no los signos característicos de un estado de ebriedad. O quizá, sea a la inversa, y esas operaciones o pruebas técnicas deberían ser complementarias de las pruebas que sirven al propósito de determinar la ebriedad, como las testimoniales o los exámenes clínicos; y por tanto solo debían de realizarse con el objeto de determinar la etiología de la ebriedad, cuando se sospeche que la misma no es de origen alcohólico, tal como está recomendado en el Reglamento Técnico Forense para la Determinación del Estado de Embriaguez Aguda del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses de Colombia.

El otro problema relevante es la demostración del estado de peligro, como resultado del tipo penal; pero, para ello también ya hemos indicado que la adición a la descripción típica de que es necesario que el sujeto activo haya además infringido otras normas de seguridad cumple un papel importante. Por ejemplo, al demostrar testimonialmente que el conductor de un vehículo, se encontraba en estado de ebriedad y que se saltó una luz roja del semáforo, o que conducía de forma zigzagueante y por tanto de forma errática, invadiendo la vía opuesta, además de que con ello se prueba el elemento relativo a la infracción de normas de seguridad, también se demuestra una situación de peligro para los viandantes o para otros vehículos que participan del tráfico vial. Porque, como ya lo dijimos en otra parte, esas conductas son reveladoras de una auténtica situación de peligro.

Entonces, la tarea en el proceso penal ha de ser demostrar probatoriamente, no solo el estado de ebriedad en que pueda encontrarse una persona, sino además que tal ebriedad ha provocado una disminución

importante en las capacidades del sujeto pasivo, para conducir vehículos de motor; pero, también es necesario que se demuestre la situación de peligro concreto que como resultado típico exige el art. 147-E CP.

### **B) Naturaleza jurídico-procesal del Alcotest y de la evaluación médica de embriaguez.**

Para poder decidir si el alcotest o la evaluación médica de embriaguez posee o no algún valor procesal en orden a establecer algún elemento del tipo penal, es necesario que antes identifiquemos cuál es la naturaleza jurídico procesal de la que participan esos actos; de hecho, esto ha sido un tema respecto al cual algunos juzgados ya han asumido una posición al exigir que las mismas se practiquen bajo la modalidad de anttipos de prueba y por tanto con la concurrencia de las condiciones del art. 270 CPP. Esto les ha llevado a asegurar que los actos mencionados realizados por la policía son violatorios de garantías fundamentales.

Entender que estas diligencias deben practicarse bajo la modalidad de anttipos de prueba puede tener a la base, su consideración como verdaderas intervenciones corporales y por tanto que ellas suponen una afectación importante de Derechos fundamentales, cuando menos la prueba de alcotest, porque solo así podría requerirse que las mismas se vean acompañadas de todas las garantías que rodean a la actividad probatoria.

No puede ser nuestro propósito enfrascarnos en un análisis exhaustivo del tema de las intervenciones corporales, o inspecciones o pericias corporales como les llama el art.167 CPP, porque ello supera por mucho las intenciones y objetivos que con esta investigación nos hemos planteado; de ahí que nos vamos a constreñir a expresar algunas cosas muy puntuales y que resultan pertinentes para averiguar si el alcotest y la evaluación médica de embriaguez participan o no de esa clase de diligencias.

En general, dentro de la categoría de intervenciones corporales suele incluirse todos aquellos actos realizados sobre el cuerpo de una persona con el propósito de extraer de él elementos probatorios que demuestren el delito mismo o bien circunstancias sobre la autoría o participación del destinatario de esa medida; pero lo que la caracteriza es la especial intensidad de su injerencia en derechos fundamentales

como la integridad física, la intimidad personal, la libertad y otros. Es precisamente esta importante afectación de derechos fundamentales la que aconseja su realización bajo la estricta observancia de algunos presupuestos de legitimación y práctica.

Merece la pena destacar que ordenamientos jurídicos foráneos y la doctrina procesal misma, reconocen la posibilidad de que las intervenciones corporales puedan practicarse en personas distintas del imputado, como la propia víctima del delito o incluso testigos; así lo refiere Etxeberria Guridi, cuando dice:

Es deseable la adopción de criterios precisos para estrechar al máximo el círculo de posibles afectados por estas diligencias para evitar que sufran menoscabos innecesarios personas sin que sea ello imprescindible. Solo quienes puedan ser considerados como testigos o como portadores de vestigios o huellas podrán ser destinatarios de dichas medidas.<sup>74</sup>

Sin embargo, en nuestro ordenamiento jurídico no es posible reconocer como sujeto pasivo de esta clase de intervenciones a otra persona que no sea el imputado de un delito. Digna de mención es la argumentación que ha formulado el Licenciado Samuel Aliven Lizama, para rechazar la posibilidad de aplicar de forma analógica y respecto de otras personas que no sean el imputado, los presupuestos de intervención corporal que prevé el art. 167 CPP. Ha dicho este autor, amparado en el principio de legalidad, que "Las medidas restrictivas de un derecho fundamental no pueden configurarse ni por vía interpretativa ni por aplicación analógica de la ley, deben resultar del texto expreso de la ley".<sup>75</sup> Hoy por hoy, dice Lizama, solo el propio consentimiento del destinatario de la medida que sea una persona distinta del imputado, puede legitimar tal intervención.

Dijimos que una circunstancia que caracteriza a las intervenciones corporales es su especial afectación de derechos fundamentales y eso precisamente las distingue de otras diligencias que aun cuando tienen como objeto de actividad el cuerpo del imputado, su realización no

74. ETXEBERRIA GURIDI, JOSÉ FRANCISCO. *Las intervenciones corporales: su práctica y valoración como prueba en el proceso penal*. Editorial Trivium S.A., Madrid 1999. Pág.34.

75. INÉS C. IGLESIAS CANLE Y SAMUEL ALIVEN LIZAMA. *Intervenciones corporales y prueba científica*. ECJ-CNJ. El Salvador, 2006. Pág. 201.

representa una reducción importante de aquella clase de derechos. Por ello es que diligencias como las requisas personales o cacheos que solo suponen una palpación superficial del cuerpo, no pueden ser estimadas como intervenciones corporales, como tampoco lo pueden ser los reconocimientos de personas y otros.

Por otro lado, autores como Samuel Aliven Lizama entienden que el art. 167 CPP no es taxativo en cuanto a las distintas clases de intervenciones corporales que pueden realizarse y que las diligencias que menciona solo son ejemplificativas<sup>76</sup>, de ahí que pueden llevarse a cabo otras que no aparezcan nominadas en esa disposición legal. Lizama justifica tal posición, en el agregado que el legislador hace al final de la lista de diligencias que entiende como intervenciones corporales, cuando dice: "u otros medios de prueba útiles para la investigación". Sin embargo, por nuestra cuenta entendemos que esa cláusula no salva el problema de la legalidad de las medidas restrictivas de derechos fundamentales. No basta para satisfacer las exigencias del principio de legalidad, con estipulaciones como la mencionada, que de manera general abran la puerta a la realización de cualquier actividad probatoria que suponga el inmiscuirse en el cuerpo del imputado, y en sus derechos fundamentales más personales, como la integridad física o la intimidad. Vale recordar las propias palabras de Lizama —que ya hemos citado antes— cuando nos dice "Las medidas restrictivas de un derecho fundamental no pueden configurarse ni por vía interpretativa ni por aplicación analógica de la ley, deben resultar del texto expreso de la ley". Obviamente cualquier otra medida que no esté mencionada en el art. 167 CPP, no puede entenderse que surja de su texto expreso, sino más bien de una actividad interpretativa de quien la autorice, con lo cual se rompe el principio de legalidad. Entonces, las diligencias que tienen el carácter de verdaderas intervenciones corporales, se ven limitadas a las referidas a la inspección en el cuerpo del imputado, la extracción de muestras de sangre u otros fluidos de su cuerpo, y el mandarle que se quite o se ponga ropa.

Ahora, podemos empezar por reconocer, desde una perspectiva estrictamente formal si se quiere, que el alcoholtest y la evaluación médica de embriaguez no son intervenciones corporales, porque no están nominadas

76. IGLESIAS CANLE, INÉS C. Y LIZAMA, SAMUEL ALIVEN. *op. cit.* pág. 179; dice Lizama: "Así mismo, con la expresión "otros medios de prueba útiles", parece indicarse que la enumeración de las medidas que tienen por destinatario al imputado es ejemplificativa". Esto es lo que nos sugiere a nosotros que para este autor, puede realizarse cualquier otra medida que no esté prevista de forma expresa en la disposición legal.

de forma expresa entre las diligencias que contiene el art. 167 CPP, y aunque en el desarrollo de la segunda de las diligencias mencionadas, el médico que la practica le pide al sometido a esa evaluación que se desabotone y abotone la camisa y que baje y suba el zipper del pantalón, ello no equivale a pedirle que se quite o se ponga ropa, lo cual sí tendría el carácter de intervención corporal y como consecuencia la obligación de ser practicado bajo la modalidad de prueba anticipada conforme al art. 270 CPP. Entender que estas diligencias constituyen intervenciones corporales solo podría ser fruto de la interpretación o de la aplicación analógica de la ley, lo cual se opone al principio de legalidad en materia de medidas restrictivas de derechos fundamentales.

Peró nuestro rechazo a reconocer en esas diligencias el carácter de intervenciones corporales y a que las mismas se practiquen como anticipos de prueba, no reside simplemente en razones formales, sino más bien en el hecho de que no puede identificarse ningún derecho fundamental que con la realización de aquellas diligencias, sufra algún quebranto significativo o importante. Podrá pensarse que con el alcoholtest se invade una cavidad natural del cuerpo, como es la boca, pues se introduce la boquilla del aparato destinado a la medición del alcohol en aire espirado y que ello representa una intromisión en la intimidad corporal de las personas; pero, no vemos que soplar en aquel aparato represente alguna disminución de ese derecho. No se trata de una inspección en el cuerpo a partir de la cual se ingrese en la cavidad bucal con el objeto de recoger de ella algún vestigio de un delito u otra evidencia. Quien practica esa diligencia no ingresa a la boca de una tercera persona, de manera directa o con alguna clase de instrumentos; no invade ese espacio de intimidad personal.

Estas dos diligencias, pues, no participan de la naturaleza de las intervenciones corporales y por tanto, desde nuestra opinión, no tienen porque ser realizadas conforme a las reglas de la prueba anticipada. Cosa distinta ocurriría, por supuesto, con la alcoholemia con otras pruebas toxicológicas que requieren de la extracción de sangre u otros fluidos del cuerpo del imputado y que buscan verificar la presencia de alcohol en sangre o de otras sustancias en el organismo; obviamente esta diligencia sí se encuentra comprendida dentro del contenido del art. 167 CPP.

Si no son intervenciones corporales y no requieren de las formas del anticipo de prueba, entonces, estas diligencias quedan comprendidas

dentro de la categoría de meros actos de investigación, particularmente el alcoholtest, que no sería sino una operación técnica realizada por el agente de policía bajo el amparo del art. 241.3 CPP, con el propósito de fijar el estado de las personas en el momento, porque la demora puede provocar el fracaso de la investigación. Estas afirmaciones exigen que entremos, aunque sea de forma leve, a distinguir los actos de investigación respecto de lo que constituyen actos de prueba.

Es necesario diferenciar actos de prueba y actos de investigación, la distinta naturaleza de ambos y el propósito que cumplen al interior del proceso penal. La prueba en estricto sentido solo es aquella que se produce en juicio con todos los ritos legales y con la satisfacción de condiciones que hacen asequible su valoración, por el Tribunal, como la contradicción y la intermediación. Cualquier acto procesal que tenga como contenido la recaudación de información, practicado durante la instrucción no puede ser estimado como prueba. Así se advierte de lo preceptuado por el artículo doscientos setenta y seis del Código Procesal Penal, cuando indica que los actos de la instrucción carecen de valor en juicio, salvo aquellos que se hayan practicado bajo las condiciones de anticipos de prueba que establece el artículo doscientos setenta del Código Procesal Penal y los que pueden incorporarse por su lectura en juicio.

Lo realizado durante la instrucción, pues, no constituye prueba, sino más bien meros actos de investigación. La misma naturaleza, por supuesto, tiene lo que conocemos como primeras diligencias de investigación. La Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia ha definido en diversas resoluciones lo que puede entenderse como diligencias iniciales de investigación, indicando, que estas son aquellos actos realizados por la Policía con Dirección Funcional de la Fiscalía con el objeto de recolectar elementos de convicción que permitan sustentar una imputación a efecto de que la Fiscalía pueda promover la acción penal a través del respectivo requerimiento, agregando que por su naturaleza y finalidad, las mismas no requieren para su práctica, la presencia de un defensor ni la notificación al sospechoso (SHC 211-2002, de fecha 5 de marzo de 2003)<sup>77</sup>.

77. En igual sentido se pronuncia ese Tribunal en las sentencias de las doce horas y quince minutos del día cuatro de marzo de dos mil tres pronunciada en procedimiento de exhibición personal registrado con el número 132-2002 y de las doce horas y treinta y ocho minutos del día tres de septiembre de dos mil dos en procedimiento de exhibición personal registrado con el número 3-2002. En estas dos sentencias se adiciona la afirmación de que los actos de investigación y los actos de prueba son dos categorías relacionadas entre sí, pero que se diferencian por la forma, lugar y momento de su realización, por los sujetos encargados de las mismas, por el distinto valor procesal que poseen y por la distinta función que cumplen en el marco del proceso penal. Estas son las mismas pautas de diferenciación de que se vale Casado Pérez para fijar la diferencia entre actos de investigación y de prueba, como veremos.

Entonces, advertimos que no es posible confundir entre actos de prueba y actos de investigación, que los mismos tienen una naturaleza procesal distinta y además que se realiza por sujetos procesales distintos. También su finalidad es distinta, pues la prueba servirá, en su caso, para sustentar una Sentencia definitiva, si es condenatoria, aquella prueba habrá tenido la capacidad de enervar la presunción de inocencia. Obviamente la finalidad de los actos de investigación no es destruir aquella presunción y tampoco sustentar una sentencia definitiva, sino simplemente llevar el conocimiento necesario al Juez de Paz y al de Instrucción, para verificar la presencia, o no, de elementos de convicción suficientes y razonables, para constatar dos circunstancias: la existencia del delito y la probable (y solo probable) autoría o participación del imputado en ese delito.

José María Casado Pérez<sup>78</sup>, también distingue claramente la diferencia entre diligencias de investigación y actos de prueba, a partir de circunstancias como la forma, lugar y momento de su realización, por los sujetos encargados de ellas, por el distinto valor procesal que poseen y además por la función que han de cumplir. Y así ha dicho, citando a Vicente Gimeno Sendra, que:

los únicos actos de prueba son los que transcurren en el juicio oral (vista pública), bajo la intermediación del tribunal y mediante el contradictorio [...] Las llamadas por el Código "diligencias iniciales de investigación" (libro II, Título I) o actos de investigación o de instrucción, por el contrario son actuaciones encaminadas a preparar el juicio, por lo que su finalidad es la de averiguar y hacer constar la perpetración del delito y la identificación, a nivel de meros indicios, del delincuente, estando encomendados a la fiscalía General de la República, quien dirige en tal función a la policía, con el control superior del juez..

Como actos de investigación que son, no requieren, según lo ha dicho de manera reiterada la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, que se realicen bajo control judicial y menos con la presencia de defensor.

### C) Valor Procesal del Alcotest y de la evaluación médica de embriaguez.

Que hayamos reconocido en el apartado anterior que el alcotest

78. CASADO PÉREZ, JOSÉ MARÍA y otros. *Derecho Procesal Penal Salvadoreño*, CSJ-AECI, San Salvador, 2000, Pág. 427.

y la evaluación médica de ebriedad constituyen meros actos de investigación y no de prueba, nos conduce ahora a entender que su valor resulta bastante limitado. No es cierto que carezcan de valor, pero el mismo solo cumple su finalidad en determinados momentos o etapas del proceso penal. Así, podrían resultar útiles esos actos de investigación para acordar la instrucción o incluso la aplicación de medidas cautelares, cuando los mismos se ven acompañados de otros actos de investigación de los que resulten elementos de convicción suficientes para sustentar cualquiera de esas decisiones. Con el propósito de apoyar esta afirmación resulta útil que nos detengamos en torno a algunas consideraciones sobre la instrucción como etapa del proceso y las condiciones que habilitan su existencia.

Lo primero que debemos señalar es que la instrucción no es una etapa consustancial al proceso penal y su existencia depende de una decisión judicial. Es el Juez de Paz quien con facultades dispuestas por el art. 256.1 CPP, decide si se habilita o no la etapa de instrucción; sin embargo, esta decisión carece de requisitos legales regulados de forma expresa. El Legislador olvidó establecer de forma clara a cuáles condiciones había de atender el juez de paz para ordenar la instrucción. Eso constituye un defecto del sistema de nuestras normas procesales. Según el profesor Manuel Atienza<sup>79</sup>, las normas jurídicas solo forman un sistema cuando "...no generan lagunas - no hay casos sin resolver -, ni contradicciones - no hay ningún caso resuelto por más de una norma en forma incompatible -, ni redundancias - no hay casos resueltos por más de una norma en forma coincidente. Un sistema normativo tiene, por tanto, las propiedades de plenitud (ausencia de lagunas), consistencia (ausencia de contradicciones) y economía (ausencia de redundancias). Un derecho positivo - o un sector del mismo- puede o no ser un sistema en este sentido estricto o, mejor, puede serlo en mayor o menor grado."

Tomando en cuenta lo dicho, hemos de concluir que desde que el legislador procesal previó la instrucción como una etapa del proceso que no surge de manera natural frente a la noticia de haberse cometido un delito, al margen de cuál sea el origen de esa noticia (Denuncia, querrela, aviso), sino como una etapa del proceso cuya existencia resulta eventual, no porque la estructura legal del proceso comprenda un procedimiento sin instrucción (salvo los casos de delitos sometidos al régimen de acción penal privada), sino por estar sometida a la actividad decisoria de un juez,

79. ATIENZA, MANUEL. *Tras la Justicia, una introducción al Derecho y al razonamiento jurídico*. Edit. Ariel S.A., Barcelona, 2000, pág. 12.

era completamente necesario que se identificara cuáles habían de ser los parámetros que ese juez debía tomar en cuenta para pronunciar tal decisión; esto es, debía fijarse los requisitos legitimadores de esa decisión. Su ausencia (de los requisitos), debe estimarse como una laguna, en los términos expresados por el profesor Atienza, o como ya lo dijimos, como un defecto del sistema procesal.

La presencia de esa laguna por supuesto que no puede ser excusa para no resolver, para no cumplir con las obligaciones propias de la competencia funcional que ha sido asignada al Juez de Paz, dentro del proceso penal.

¿Cómo, entonces, puede resolverse el problema determinado por esa anomia? Es posible sostener que de forma recurrente los jueces, de manera consciente o inconsciente, han colmado esa laguna normativa utilizando una técnica concreta de aplicación de la Ley: la analogía.

Ciertamente el art. 17 CPP impide que se haga uso de la analogía como forma de "interpretación" de la ley; pero la prohibición lo es cuando esa forma de "interpretación" no favorezca la libertad del imputado o el ejercicio de sus facultades al interior del proceso. Pero, cuando el Juez transpone a la orden de instrucción, los mismos requisitos previstos por el art. 292 CPP, para la detención provisional, no podemos concluir que tal aplicación analógica de la ley sea en perjuicio del imputado, porque se está estableciendo un canon más grande que el que, según nuestra opinión, la simple orden de instrucción debía requerir. Eso no puede entenderse como perjudicial para el imputado.

Tomando en cuenta lo dicho antes, podemos ahora recordar que uno de los requisitos de la detención provisional es el conocido como *Fumus Boni iuris* o apariencia de buen derecho, que comprende básicamente la constatación de dos circunstancias: la existencia de un delito y la existencia de elementos de convicción suficientes sobre la probable autoría o participación del imputado en ese delito. De ellos nos ocupamos de inmediato.

El primer requisito que se exige para ordenar la instrucción, por supuesto haciendo uso analógico de los requisitos del número primero del artículo doscientos noventa y dos del Código Procesal Penal, es que

"se haya comprobado la existencia de un hecho tipificado como delito". De esto surgen dos conclusiones importantes: la instrucción no podría acordarse si no ha existido un hecho previo que además reúna todas las condiciones para ser estimado como delito. Esto último nos lleva a la segunda de las conclusiones, que resulta sumamente obvia y es que jamás podría ordenarse la instrucción por un hecho constitutivo de falta, las cuales están sometidas, en su juzgamiento, a un procedimiento especial que no comprende una etapa instructora dentro de su configuración.

El otro requisito que determina el número uno del art. 292 CPP, es que "existan elementos de convicción suficientes para sostener, razonablemente, que el imputado es, con probabilidad, autor o partícipe" del delito. Y esto también se ha venido exigiendo de forma sistemática por los Jueces de Paz.

Aceptaresos requisitos como propios de la orden de instrucción hace necesario superar, para el solo efecto de pronunciar esa decisión, un análisis sobre los alcances del contenido de ese segundo requisito. Es necesario, pues, que se determine de forma precisa a qué se ha referido el legislador cuando hace uso de la expresión "elementos de convicción" y cuál es el sustrato de esos elementos de convicción; luego en el plano cognoscitivo ha de determinarse qué nivel de convicción es el que resulta exigible al juez de paz.

Entre los operadores del sistema de justicia penal existe una tendencia persistente en confundir esos "elementos de convicción" con prueba. Sobre esta confusión es necesario aclarar que el contenido de esos elementos de convicción de ninguna manera podría ser prueba, por cuanto la estricta prueba, como ya lo dijimos, solo es aquella que se produce durante el juicio, o en etapas previas al mismo, pero satisfaciendo las condiciones que al efecto impone el art. 270 CPP.

Ninguna de las actuaciones llevadas adelante durante la instrucción, ni las diligencias iniciales de investigación mismas, pueden transitar con pretensiones probatorias al juicio; así lo ha previsto el art. 276 CPP. entonces, todo lo que existe al momento de la audiencia inicial son actos o diligencias de investigación, pero no actos de prueba.

Así, pues, el sustrato empírico de esos "elementos de convicción" solo lo pueden ser las diligencias iniciales de investigación, como también lo reconoce Asencio Mellado, para algo más grave, como es la detención provisional.<sup>80</sup>

Entonces, por elemento de convicción debía entenderse cualquier información con contenido incriminatorio que surge de las diligencias iniciales de investigación y que es capaz de sostener un juicio de probabilidad sobre la autoría o participación de una persona en un hecho delictivo. Esto nos lleva al siguiente nivel de análisis: cuál es el grado de conocimiento que el Juez de paz debe alcanzar para acordar la instrucción.

No puede de ninguna manera exigirse que el Juez de Paz llegue a formarse una convicción de certeza absoluta, en la que no quepa fisura alguna que dé lugar a la duda; eso solo puede exigirse como sustento de una decisión a partir de la cual se enerve o destruya la presunción de inocencia que desde el acto inicial de imputación acompaña a la persona sometida a proceso penal por virtud del art. 12 Cn; pronunciar tal decisión no es competencia del Juez de Paz, salvo en los casos de procedimientos abreviados. El Juez de Paz únicamente ha de decidir si se habilita o no la instrucción y para ello es suficiente, como lo establece el art. 292.1 CPP, con que pueda construirse un juicio de probabilidad a partir de aquellos elementos de convicción. Cafferata Nores, entiende como probabilidad la concurrencia simultánea de elementos positivos y negativos, pero los elementos positivos son superiores en fuerza, a los negativos.<sup>81</sup> Ese, pues, es el nivel de convicción que debe alcanzar el Juez de paz, para acordar la instrucción.

Es evidente que aquellos requisitos a los que nos hemos referido en el apartado anterior, superan por mucho las condiciones que debían motivar la instrucción. Esos requisitos provocan unas consecuencias, que en nuestra opinión generan importantes disfunciones dentro del proceso penal; pues muchos casos en los que debía ordenarse la instrucción, por acreditada la existencia del delito y cuando menos una sospecha razonable acerca de existir del autor, son sobreseídos provisionalmente, pues la contrapartida de la exigencia de elementos de convicción suficientes, es que cuando los mismos no lo son, es decir, no son razonablemente

suficientes, se cumplen los presupuestos de esa clase de sobreseimiento, conforme a lo previsto por el art. 309 CPP

La investigación del hecho delictivo y de las personas presuntas responsables de ese hecho, de forma amplia y sin las limitaciones temporales que suponen los plazos de la detención administrativa y el término para inquirir, no debía estar sujeta a una decisión judicial; la instrucción, como fase del proceso destinada a ampliar la investigación preprocesal (o las diligencias iniciales de investigación, como las denomina el Código) no supone necesariamente el procesamiento de una persona, y menos la sujeción de la misma al proceso a partir de una medida cautelar de tipo personal y por eso sus requisitos, si es que debía haber alguno, han de ser de menor entidad que los exigidos para el procesamiento de una persona o para la aplicación de medidas cautelares.

La exigencia de unos "elementos de Convicción suficientes" que está prevista para la detención provisional como medida cautelar, resulta excesiva para ordenar la instrucción, pues esta decisión pocos o ningunos efectos provoca sobre la persona del imputado; al contrario, podría suponer la instrucción un grado de garantía superior, pues la investigación que en ese contexto se va a realizar estará bajo la tutela de un órgano jurisdiccional, cosa que nunca o pocas veces ocurre, con la investigación suplementaria que se realiza después de pronunciado un sobreseimiento provisional.

Es necesario, pues, que se piense en la urgencia de regular normativamente los presupuestos de la orden de instrucción, o en que la misma constituya no una fase eventual del proceso condicionada por una decisión judicial, sino esencial y por tanto ineludible, salvo casos excepcionales.

Superado el análisis de las condiciones que han de habilitar la instrucción, así como la determinación de la naturaleza del alcohol test y de la evaluación médica de embriaguez, como actos de investigación, podemos concluir que las mismas sí tienen un valor trascendente en la audiencia inicial cuando las mismas se ven acompañadas de otros actos de investigación que permitan forjar una imagen completa del tipo penal y no solo de un segmento muy restringido del mismo, como es la ebriedad, pues es evidente que de ellas pueden surgir algunos de los elementos de convicción necesarios para respaldar la hipótesis fiscal. Lo mismo ha de ocurrir durante la instrucción misma y la decisión que el juez encargado

80. ASENSIO MELLADO, JOSÉ MARÍA. *La prisión provisional*, Edit. Civitas, pág. 121.

81. CAFFERATA NORES, JOSÉ I. *La prueba en el proceso penal*, Ediciones De Palma, Buenos Aires, 1994, pág. 7

de su control deba emitir durante la audiencia preliminar, porque en esa etapa también se exige nada más que elementos de convicción razonables para ordenar la apertura a juicio.

Ahora, durante el juicio, esas diligencias de investigación debían tener la aptitud para transformarse en medios de prueba, para que puedan ser valoradas. De alguna manera lo ha dicho la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, en diferentes decisiones, de las que destacamos únicamente la pronunciada en fecha tres de septiembre del año dos mil dos. En esta decisión, la Sala dijo:

Para convertir los actos de investigación en actos de prueba, es necesario que dichos actos, en lo posible, sean reproducidos o ampliados en el juicio oral mediante la correspondiente prueba testifical, a través del interrogatorio de peritos, si los hubiere, mediante la lectura, en último extremo de los testimonios o pericias recibidos conforme a las reglas de los actos definitivos e irreproducibles, dando a las partes la posibilidad de someter a contradicción los elementos de prueba de la contraparte.

Parece indiscutible que el alcohol test ni el protocolo de evaluación médica de embriaguez, cumplen con las condiciones de legitimación necesarias para ser incorporadas al juicio simplemente a través de su lectura; pero nada obsta para que el agente policial o el médico forense que los practicaron sean llamados a declarar en juicio como testigos de aquellos actos y de las condiciones personales en que se encontraba el imputado al momento de su realización. Recordemos que la ebriedad y sus efectos en las personas es un elemento descriptivo del tipo penal y por tanto su demostración puede ser alcanzada a través de cualquier medio lícito de prueba, incluso la testimonial.<sup>82</sup>

82. Esto puede sustentarse en lo que también ha dicho la Sala de lo Constitucional en la sentencia de fecha cuatro de marzo de dos mil tres en el procedimiento de exhibición personal registrado con el número 132-2002, cuando indicó que los actos de investigación, para alcanzar valor, precisan de su reproducción en el juicio o la práctica de otra prueba alternativa o complementaria. Por eso decimos que precisamente la testimonial del agente de policía o del médico forense, es precisamente la prueba alternativa para acreditar el estado de ebriedad y sus efectos subsecuentes.

## CONCLUSIONES.

Ahora que hemos cubierto los contenidos que nos habíamos propuesto para cada capítulo del trabajo, nos encontramos en condiciones de proponer algunas conclusiones, que quizá no sean sino la reafirmación de la posición que en el desarrollo de esta investigación ya hemos ido dejando evidenciada.

Para facilitar la vinculación de estas conclusiones con el contenido del trabajo, las hemos de ir formulando en el mismo orden en que se encuentra planteado cada capítulo.

Así, debemos señalar inicialmente que tal como se encuentra regulado en nuestro ordenamiento jurídico el tipo penal relativo a la conducción temeraria de vehículo de motor, no existe posibilidad alguna de vincular como objeto de tutela de este delito a alguna forma de seguridad colectiva, como la seguridad del tráfico rodado. Siempre ha de reconocerse que el bien jurídico protegido en la configuración típica de ese delito lo es la vida y la integridad física de las personas. Esto no se deriva exclusivamente de la ubicación sistemática del delito en el catálogo del Código Penal, sino también de la forma en que se encuentra descrito y del recurso del legislador a la técnica del delito de peligro concreto, al momento de criminalizar el comportamiento. Se exige que se haya colocado en situación de peligro a la vida o la integridad física de las personas. Ello constituye el resultado típico, sin el cual la conducta por más que constituya la conducción de un vehículo en estado de ebriedad o bajo los efectos de drogas o cualquiera de las otras modalidades establecidas en el inciso segundo del art. 147-E CP, carece de relevancia penal. Recordemos que solo se legitima la punición de un comportamiento descrito como delito, cuando con él se ha lesionado o cuando menos se ha puesto en peligro a algún bien jurídico. El Norte o guía en la interpretación del tipo penal y en la valoración de conductas concretas está representado por los bienes jurídicos que hemos mencionado; de tal manera que la sola conducción de vehículos en cualquiera de los supuestos del párrafo segundo de la norma indicada, carece de significado penal, porque no representa ninguna ofensa para bien jurídico alguno.

Es necesario que se abandone cualquier idea de protección de la seguridad del tráfico vial. Ello resulta indefinible como bien jurídico y no parece tener la entidad suficiente como para merecer, en sí mismo -sea

lo que fuere la seguridad en el tráfico vial —la máxima protección y la más fuerte que puede dispensar el Estado a determinados bienes jurídicos, como es la protección a través del derecho penal.

La Vida y la integridad física de las personas, sin duda alguna son bienes primordiales y su protección exige la activa intervención estatal.

Cuando superamos el análisis del objeto de tutela en la criminalización de la conducción temeraria, pasamos a hacer un análisis del tipo penal, valiéndonos de las diferentes categorías sistemáticas de la teoría del delito; ello nos permite ahora concluir que el delito que ha sido objeto de nuestra investigación, posee una regulación compleja, pero útil en la preservación de principios como el de mínima intervención, de fragmentariedad y de *última ratio* del Derecho Penal, porque impone exigencias típicas más allá de la sola conducción de vehículos en estado de ebriedad o bajo los influjos de drogas, pues eso debe estar acompañado de una disminución en las capacidades de conducir del sujeto activo, y además, también debe estar acompañado ese comportamiento, de la infracción adicional de normas de seguridad vial, que como ya lo hemos apuntado, esto último constituye una herramienta importante en la visualización de estado de peligro para las personas, como resultado típico. El tipo penal ha reducido considerablemente el ámbito de lo punible y lo limita a casos muy excepcionales en los que concurra cada una de esas circunstancias; todo lo que no alcance esos límites, solo llega a constituir una infracción de carácter administrativo.

En lo que concierne a la ebriedad como elemento del tipo penal, debemos concluir que se trata de un elemento descriptivo del delito y por tanto su demostración viene dada no solo por pruebas técnicas o científicas como el alcohótest o la alcoholemia, cuyo valor se limita a determinar la concentración de alcohol en aire espirado o en sangre, sino que puede hacerse a partir de cualquier medio lícito de prueba; aquellas pruebas u operaciones técnicas o científicas por sí solas no pueden asegurar un estado de ebriedad y menos una disminución en las capacidades de realizar actividades de riesgo como la conducción de vehículos de motor.

En su dimensión subjetiva, el dolo del autor no puede ir más allá de la representación de las circunstancias que fundamentan el peligro.

La representación de las posibilidades de lesión no forma parte

del dolo, porque esto modificaría la naturaleza de la responsabilidad subjetiva del autor; pero en estricto sentido el contenido del dolo en este delito de peligro concreto se limita a lo que ya dijimos: la representación de las circunstancias que determinan la situación de peligro.

Hacer este análisis dogmático del delito de Conducción Temeraria de Vehículos de Motor, también nos ha permitido identificar en él los rasgos de un tipo penal en blanco, no porque la determinación de lo que constituye la ebriedad requiera del recurso a normas extrapenales, como alguna jurisprudencia local lo dijo, sino más bien porque en su configuración legal y particularmente en su estructura objetiva, el delito exige que además de conducir en estado de ebriedad o bajo los efectos de drogas, o realizando competencias no autorizadas, el autor infrinja otras normas de seguridad vial, porque el legislador ha dicho: "...infringiere normas de seguridad vial...". Es decir que, una comprensión completa del delito solo se alcanza luego de verificar, con el auxilio de normas jurídicas distintas de la penal, que la conducta representa también la infracción de aquella clase de normas. Son las normas legales y reglamentarias las que van a ofrecer una imagen bien delineada del supuesto de hecho, porque el art. 147-E CP, solo lo ha bosquejado. Esto en todo caso, no representa una vulneración del principio de legalidad penal, por cuanto la conducta prohibida sí está regulada en la norma penal y solo es un fragmento de la misma, la que debe ser buscada en otras leyes, lo cual resulta legítimo si tomamos en cuenta la gran diversidad de normas de seguridad vial existentes.

Por otro lado, también es posible concluir que la sola coexistencia de una infracción administrativa que sanciona la conducción en estado de ebriedad, bajo los efectos de drogas, realizando competencias no autorizadas o disputando la vía, con una norma penal que instituye un delito de conducción temeraria en el que aquellos comportamientos forman solo una parte de su estructura legal, no se traduce en la conculcación del principio de única persecución o prohibición de doble persecución penal. La estructura de ambas infracciones es distinta y cuando el hecho resulta típico respecto del delito, la actividad administrativa sancionatoria debe ceder frente a la actividad de los órganos jurisdiccionales. La afirmación de la violación del *non bis in idem*, pasa por la valoración de la triple identidad que tal principio exige: Mismas personas, mismos hechos, misma pretensión.

Las posibilidades concursales derivadas de la conducción temeraria

seguida de un resultado de lesión o muerte, son muy variadas y no pueden responder de manera ineludible a reglas como la del *versari in re illicita* o a la preterintencionalidad, porque eso representaría una conculcación del principio de responsabilidad subjetiva. Aquellas reglas son formas de responsabilidad objetiva que el moderno derecho penal y nuestra propia legislación, proscriben. No puede entenderse que el resultado lesivo de la vida o de la integridad física de terceros, derivado de una conducción temeraria, ha de ser siempre doloso o siempre culposo. Lo relevante en este tema es el contenido de la voluntad del autor y su actitud frente al resultado de peligro o al resultado de lesión. Esto determinaría, como ya lo dijimos, unas combinaciones de dolo/dolo o dolo/imprudencia. En algunos casos incluso podría reconocerse que solo podrá deducirse responsabilidad penal por el resultado lesivo con carácter doloso, porque ese resultado es la realización material de la situación de peligro creada por el autor y por tanto el reproche penal que puede dirigirse contra ese estado de peligro queda comprendido dentro del reproche penal dirigido al delito de lesión. Esta situación solomuestra la progresión de la conducta desde el peligro hasta el resultado lesivo, ambos comprendidos en la voluntad del autor.

Finalmente y en el ámbito procesal, resulta destacable mencionar que el alcoholtest y la evaluación médica de embriaguez no constituyen medios de prueba, por tanto su práctica no exige la presencia de defensor, ni de la inmediatez de un juez, como sí lo exigen los anticipos de prueba. Ambos son meros actos de investigación y su valor está limitado a ofrecer algunos elementos de convicción que por sí solos no resultarían suficientes para sustentar una imputación, pues el primero por ejemplo, no resulta con la capacidad suficiente para acreditar un estado de ebriedad y menos la disminución en la capacidad de conducir que exige el tipo penal. Obviamente ninguna relación tienen tales actos de investigación con el estado de peligro concreto que forma parte del resulta típico.

Todo lo dicho indica que esos actos de investigación tendrán algún valor en la instrucción, pero ninguno en el juicio.

En definitiva, podemos concluir que el legislador salvadoreño, al criminalizar la conducción Temeraria de Vehículo de Motor, ha optado por proteger la vida y la integridad física en tanto bienes jurídicos individuales, a través de la configuración de un delito doloso de Peligro concreto. Esto supone que para que un hecho tenga relevancia penal no basta la sola

realización de la conducta prohibida, sino además la producción de un resultado, que es el estado de peligro para la vida o para la integridad física de una o unas personas individualizadas o individualizables.

La conducción en estado de ebriedad o bajo los influjos de drogas es la modalidad comisiva más cotidiana de este delito, pero no la única. La demostración de la ebriedad, sea de etiología etílica o de otra clase, no se limita a la prueba del nivel de impregnación alcohólica en sangre, sino más bien a la prueba de la afectación de las facultades física y psíquicas de la persona, por la ingesta de alcohol o drogas, con la consecuente disminución de su capacidad para conducir.

La presencia de resultados efectivamente lesivos de aquellos bienes jurídicos, provocados por la previa conducción temeraria, ha de resolverse con total respeto de los principios de responsabilidad subjetiva y de prohibición de doble persecución, dando lugar a relaciones concursales de delitos o, excepcionalmente, de normas.

**BIBLIOGRAFÍA.**

- ASENCIO MELLADO, JOSÉ MARÍA. *La prisión provisional*, Edit. Civitas, Madrid, 1987.
- ATIENZA, MANUEL. *Tras la Justicia, una introducción al Derecho y al razonamiento jurídico*. Edit. Ariel S.A., Barcelona, 2000.
- ACHAVAL, ALFREDO. *Manual de Medicina Legal, práctica forense* Tomo II. Editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires, Argentina, 2005.
- BARQUIZ SANZ, JESÚS Y LUNA DEL CASTILLO, JUAN DE DIOS. *Ingesta moderada de alcohol y prueba del etilometro*. En RECPC 07-15 (2005), en [www.criminet.ugr.es/recpc/07/recpc/07-15.pdf](http://www.criminet.ugr.es/recpc/07/recpc/07-15.pdf).
- CARMONA SALGADO, CONCEPCIÓN y otros. *Compendio de derecho penal español*. Marcial Pons Ediciones Sociales y Jurídicas, S.A., Madrid- Barcelona. 2003.
- CAFFERATA NORES, JOSÉ I. *La prueba en el proceso penal*, Ediciones De Palma, Buenos Aires, 1994.
- CASADO PÉREZ, JOSÉ MARÍA y otros. *Derecho Procesal Penal Salvadoreño*, CSJ-AECI, San Salvador, 2000.
- CORCOY BIDASOLO, MIRENTXU. *El delito imprudente, Criterios de imputación del resultado*. Promociones y Publicaciones Universitarias, S. A. , Barcelona, 1989.
- DONNA EDGARDO ALBERTO. *Derecho Penal parte especial*, Tomo I, Rubinzal- Culzoni Editores, Buenos Aires, 1999.
- D. FERNÁNDEZ, GONZALO. *Bien jurídico y Sistema del delito*, Editorial B de F, Montevideo- Buenos Aires, 2004.
- ETXEBERRIA GURIDI, JOSÉ FRANCISCO. *Las intervenciones corporales: su práctica y valoración como prueba en el proceso penal*. Editorial Trivium S.A., Madrid 1999.

- FERRAJOLI, LUIGI. *Derecho y razón, teoría del garantismo penal*, Editorial Trotta, Madrid 1997.
- FIGARI, RUBÉN E. *Homicidios*. Ediciones Jurídicas Cuyo, Mendoza Argentina, 2001.
- HERNÁNDEZ PLASENCIA, JOSÉ ULISES. *Delitos de peligro con verificación de resultado: ¿concurso de leyes?*. En <http://www.cienciaspenales.net>
- INÉS C. IGLESIAS CANLE Y SAMUEL ALIVEN LIZAMA. *Intervenciones corporales y prueba científica*. ECJ-CNJ. El Salvador, 2006.
- LUZÓN PEÑA, DIEGO MANUEL. *Curso de derecho penal Parte general I*, Editorial Universitas S.A., Madrid, 1996.
- MALJAR DANIEL E. *El derecho administrativo sancionador*. Ad-Hoc S.R.L., Buenos Aires, 2004.
- MIR PUIG, SANTIAGO. *Derecho penal, parte general*, 5ª edición. Editorial Reppertor, S.L., Barcelona 1998.
- MIR PUIG, SANTIAGO, *Estado, pena y delito*, Editorial B de F., Montevideo-Buenos Aires, 2006.
- MIR PUIG, SANTIAGO, *El derecho penal en el Estado social y democrático de derecho*. Editorial Ariel S.A., Barcelona 1994.
- MORENO ALCAZAR, MIGUEL ÁNGEL. *Los delitos de conducción temeraria*, Tirant lo Blanch, Valencia 2003.
- MIXCO DUQUE, MARCO AURELIO. *Interpretación de resultados toxicológicos*. Pgs. 9 y 10. Documento no publicado.
- OLMEDO CARDENETE, MIGUEL. *Aspectos prácticos de los delitos contra la seguridad del tráfico tipificados en los arts. 379 y 380 del Código Penal*. Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología. RECPC 04-02 (2002), en [www.criminet.ugr.es](http://www.criminet.ugr.es)
- ORTS BERENGUER, ENRIQUE Y OTROS. *Derecho Penal, parte*

- especial*. Segunda edición revisada y actualizada conforme al Código Penal de 1995. Tirant lo Blanch, Valencia, 1996.
- PESSOA, NELSON R. *Concurso de delitos*. Teoría de la unidad y pluralidad delictiva. Editorial Hammurabi, Buenos Aires, Argentina, 1996.
- RAMOS TAPIA, M. INMACULADA. *El delito de conducción temeraria con consciente desprecio por la vida de los demás*. Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología. RECPC 02-03 (2000), en [www.criminet.ugr.es](http://www.criminet.ugr.es).
- RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, TERESA. *Delitos de peligro, dolo e imprudencia*. Rubinzal-Culzoni Editores. Buenos Aires. 2004.
- SÁNCHEZ ESCOBAR, CARLOS ERNESTO. *El principio de culpabilidad penal*. Revista Justicia de Paz N° 13, año V Volumen III. Corte Suprema de Justicia, San Salvador, 2003.
- SILVA SÁNCHEZ, JESÚS MARÍA, *Aproximación al derecho penal contemporáneo*, J. M. Bosch Editor, S. A., Barcelona 1992.
- SILVA SÁNCHEZ, JESÚS-MARÍA, *La expansión del Derecho Penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades post-industriales*. Cuadernos Civitas, Civitas Ediciones, S.L., Madrid 1999.
- STRUENSEE, EBERHARD. *Exposición y abandono de personas*, Acotaciones sobre el concepto de peligro concreto y de delito de puesta en peligro en el ejemplo del 221 del Código Penal alemán. En Problemas Capitales del Derecho penal moderno. Editorial Hammurabi, Buenos Aires 1998.
- TAMARIT SUMALLA, JOSEP MARÍA. *De los delitos contra la seguridad del tráfico*. En Comentarios a la Parte especial del derecho penal. Gonzalo Quintero Olivares, Director y Fermín Morales Prats, Coordinador. Cuarta Edición. Thonsom- Aranzadi, Navarra España, 2004.
- VANEGAS SANTORO, ANTONIO. *Alcoholismo, criminalidad y responsabilidad*. Ediciones Librería del Profesional. Bogotá, Colombia, 1977.

### 3. PRUEBA ILÍCITA, REGLAS DE EXCLUSIÓN Y LA EXCEPCIÓN DE BUENA FE.

**Carlos Ernesto Sánchez Escobar**  
Magistrado de la Cámara 1ª de lo penal de San Salvador y Especialista en administración de justicia penal por la Universidad Nacional de Costa Rica. Consultor Internacional y Profesor de Post-grado Capacitador de la E.C.J.

Una aproximación desde el modelo continental y del *common law*.

#### Sumario.

Introducción. 1. Modelos abiertos y cerrados de prueba. 2. La prueba ilícita. Consideraciones iniciales. 3. Modelos de tratamiento de la prueba ilícita. 3.1. Modelo continental. 3.2. Modelo del *common law*. 3.3. Orígenes de la regla de exclusión. 4. Concepto de la regla de exclusión. 4.1. Fundamentos de la regla de exclusión. 5. Las excepciones a la regla de exclusión probatoria. 6. El precedente Leon como excepción de buena fe a las reglas de exclusión de prueba. Descripción del caso. 6.1. Fundamentos de la excepción de buena fe. 6.2. Desarrollo y consecuencias del precedente Leon como fundamento de la excepción de buena fe. 6.3. El tratamiento de la regla de exclusión en el sistema de los Estados Unidos de América. 6.4. La aplicación de la excepción de buena fe desde el caso Leon. 7. Limitaciones a la excepción de buena fe. 7.1. Las excepciones a la excepción de buena fe. 7.2. Las garantías judiciales y la excepción de buena fe. 7.3. Algunas consecuencias aplicables a la excepción de buena fe en el sistema probatorio continental. Conclusión.

#### Introducción:

De manera importante el código procesal penal salvadoreño, en las garantías procesales mínimas, ha regulado lo atinente a la ilicitud de la prueba en la formulación del artículo 15 CPP<sup>1</sup>, utilizando para ello diferentes mecanismos, uno de ellos se relaciona a las denominadas reglas

1. La misma regla se ha reconocido en el Código Procesal Penal aprobado mediante Decreto Legislativo 733 de fecha veintidós de octubre de dos mil ocho y publicado en el Diario Oficial Tomo 382 Número 20 del treinta de enero de 2009 quedando estatuido en el artículo 175 que: "Los elementos de prueba sólo tendrán valor si han sido obtenidos por un medio lícito e incorporados al procedimiento de conformidad a las disposiciones de éste Código. No tendrán valor los elementos de prueba obtenidos en virtud de una información originada en un procedimiento o medio ilícito. Sin perjuicio de lo dispuesto en el presente inciso, los elementos de prueba serán admitidos cuando hayan sido obtenidos de buena fe, por hallazgo inevitable o por la existencia de una fuente independiente, y deberán ser valorados conforme a las reglas de la sana crítica cuando corresponda.

de exclusión probatoria; pero además, de manera innovadora y propia de un sistema garantista respetuoso de la dignidad humana, ha vinculado a las reglas de exclusión, las consecuencias de la doctrina de los frutos del árbol venenoso, a ello posteriormente ha sumado las excepciones a las reglas de exclusión de evidencia, con lo cual, se ha completado la elaboración de un tópico interesante, que trata sobre las consecuencias que los órganos de persecución del delito, o los jueces en su caso, incorporen prueba mediante una actividad espuria, es decir lesionadora de derechos o de garantías fundamentales.

Esta inclusión de las reglas de exclusión en nuestro medio, ha resultado ser novedosa, y no hay nada de extraño en mencionar que, la triada que se ha invocado, ha tenido un extenso y pulcro desarrollo en el derecho comparado, así las reglas de exclusión probatoria, la doctrina de los frutos venenosos, y los criterios de excepción de los mismos, han tenido una luenga difusión en los sistemas del "common law", y las reglas de prohibición probatorias, una profusa práctica en algunos países del sistema continental.

Tampoco debe de extrañarnos que, sobre dichos modelos de control de derechos y garantías fundamentales y cuestiones probatorias, diversos países hayan optado, por acoger con sus propias variantes dichos prototipos, dentro de esas realidades de la construcción normativa, nos incluimos nosotros, y resultado de ello, es la comprensión de los supuestos del artículo 15 CPP el cual —a nuestro juicio— está acorde con los dictados garantistas de nuestra Constitución, que sobre todo privilegia la dignidad de la persona humana, y erige la estructura del Estado en un arquetipo democrático y Republicano.

En el sistema norteamericano, es sabido que a partir de casos como *Mapp vs Ohio*; y *Miranda vrs Arizona*, se construyeron como precedentes direccionales o *leading case* de la Suprema Corte de los Estados Unidos de América, las denominadas "exclusionary rule" o "reglas de exclusión", también conocidas como "suppression doctrine" o "doctrina de la supresión", las cuales se fueron cimentando con fallos progresivos al nivel de más alta jerarquía por la "Corte Warren" y seguidas por muchos Tribunales de Apelación e incluso muchos tribunales de juicio —"Trial Judge"— los cuales tuvieron como punto de partida la tutela constitucional de la Cuarta y Quinta Enmienda de la Constitución de aquél país<sup>2</sup>.

2. El tenor literal de dichas enmiendas es el siguiente: La Cuarta Enmienda: "The right of the people to be secure in their persons, houses, papers, and effects, against unreasonableness searches and seizures, shall not be violated, and no Warrants shall issue, but upon probable cause, supported by Oath or affirmation, and particularly describing the place to be searched, and the persons or things to be seized" o "El derecho de los habitantes de que su personas, domicilios, papeles y efectos se hallen a salvo de pesquisas y aprehensiones arbitrarias será inviolable, y no se expedirán al efecto mandamientos que no se apoyen en un motivo verosímil, estén corroborados mediante

Sin embargo, esta orientación en principio bastante "liberal" en la forma de ejercer el poder, comenzó a agrupar diversas excepciones, en la aplicación de las reglas de exclusión de evidencia, éstas formas excepcionales de aceptar evidencia obtenida, con violación a preceptos de orden constitucional, también se fueron construyendo a partir de importantes precedentes emanados del máximo tribunal norteamericano. Pues bien, en estas reflexiones, que aquí esbozaremos, nos ocuparemos esencialmente de una de esas reglas excepcionales, a los mecanismos de supresión probatoria, excepción que se ha denominado, como de "Buena Fe" y por lo menos soslayaremos algunos matices básicos sobre las reglas de exclusión.

Si queremos acotar, que estas cavilaciones no son meramente una "inquietud académica", sino que tal como ocurriera con las reglas de exclusión y con la *fruit doctrine*, el legiferante salvadoreño también acuñó mediante sendas reformas, diversas excepciones a los principios de supresión de evidencia, de entre ellas se regló la de buena fe, sobre la cual comentaremos, y las mismas se han reconocido en el actual código procesal penal que recientemente ha sido aprobado.

Es conveniente indicar, que el estudio se realizará tomando como fundamento el fallo más connotado sobre la excepción de buena fe, el cual es el mismo, que ya de manera sistemática, le da origen al precedente excepcional, se trata del caso *Estados Unidos v Leon*, por ello trataremos de destacar los grandes filones de dicha sentencia, para explicar cuál es el fundamento, objeto, y consecuencias de los criterio que generan excepción por buena fe la supresión de evidencia

Por último el examen del tema no estaría completo, sino discuriéramos —aun en apretada líneas— sobre el tratamiento que a la prueba ilícita le ha dado el sistema del *civil law* por cuanto es oportuno reconocer que en el derecho continental la problemática ha sido también pulcramente abordada con la rigurosidad que caracteriza a los juristas europeos e hispanoamericanos, en tal sentido, se abordará la cuestión de

juramento o protesta y describan con particularidad el lugar que deba ser registrado y las personas o cosas que han de ser detenidas o embargadas". La Quinta Enmienda "No person shall be held to answer for a capital, or otherwise infamous crime, unless on a presentment or indictment of a Grand Jury, except in cases arising on the land or naval forces, or in the Militia, when in actual service in time of War or public danger; nor shall any person be subject for de name offence to be twice put in jeopardy of life or limb, nor shall be compelled in any criminal case to be a witness against himself nor be deprived of life liberty, or property, without due process of law; nor shall private property be taken for public use without just compensation" o "Nadie estará obligado a responder por un delito castigado con la pena capital o con otra infamante si un gran jurado no lo denuncia o acusa, a excepción de los casos que se presentan en las fuerzas de mar o tierra o en la milicia nacional cuando se encuentren en servicio efectivo en tiempo de guerra o peligro publico; tampoco se pondrá a persona alguna dos veces en peligro de perder la vida o algún miembro con motivo del mismo delito; ni se le compelerá a declarar contra sí misma en ningún juicio criminal; ni se le privará de la vida, la libertad o la propiedad sin el debido proceso legal; ni se ocupará la propiedad para uso público sin una justa indemnización". Constitución de los Estados Unidos de América. Applewood Books Bedford, Massachusetts. USA. 2004 p 19.

la prueba ilícita desde los enfoques de este modelo, teniendo en cuenta los diferentes modelos de prueba que reconocen mayoritariamente en la aplicación del derecho y precisamente con dichas reflexiones hemos de comenzar.

### 1. Modelos abiertos y cerrados de prueba.

El punto de partida es la determinación de lo que usualmente en el ámbito forense se conoce como "prueba"<sup>3</sup>, de manera simplificada, por tal vocablo se entienden las actividades formalizadas que se orientan a acreditar –probar– la existencia o inexistencia de hechos relevantes en relación a un delito para adoptar una decisión, de ahí que, en el proceso penal la acreditación de todo hecho –pasa por así decirlo– por su determinación mediante la prueba, ello significa ni más ni menos que los elementos de una conducta criminal han de ser demostrados al juez<sup>4</sup>.

El procedimiento probatorio según el énfasis de los modelos expuestos, puede optar por una mayor o menor regulación, en tal sentido se ha indicado, que un modelo menos flexible en cuanto a la discrecionalidad de lo que se puede probar y los medios utilizados, es un modelo cerrado, y un mayor ámbito de discreción importa un modelo abierto<sup>5</sup>. El modelo cerrado implica una tendencia a una mayor regulación de todo el fenómeno de la prueba, y por ende excluye toda aquella actividad que se aparte de las regulaciones formales a pesar de que las mismas puedan ser fuente de conocimiento. En cambio en el modelo abierto, impera una mayor discrecionalidad respecto de las regulaciones jurídicas para demostrar los hechos litigados, en tal sentido la regulación jurídica se restringe para permitir una mayor flexibilidad, y sólo excepcionalmente no es posible admitir determinadas pruebas<sup>6</sup>.

3. Conceptos de prueba habrá tantos como autores hallan tratado el tema, para Cafferata –con cita de Velez Maricónde– la prueba es: "todo dato objetivo que se incorpora legalmente al proceso, capaz de producir un conocimiento cierto o probable acerca de los extremos de la imputación delictiva". CAFFERATA NORES José I. "La Prueba en el Proceso Penal". Tercera edición actualizada. Depalma. Buenos Aires. Argentina. 1998 p 16.

4. Si es oportuno indicar que el proceso de la prueba se entiende de dos maneras uno de carácter retórico o argumentativo, en el cual la prueba es entendida como una actividad dirigida a persuadir al juez de la ocurrencia de determinados hechos; la restante entiende a la prueba desde una dimensión cognoscitiva, por la cual la prueba es una actividad desarrollada para conocer o acreditar la verdad de los hechos que se controvertían; dichos modelos han encontrado sustentación en el *common law* y en el *civil law*. Sobre el particular Ver en detalle, GASCÓN AVELLAN Marina GARCÍA FIGUEROA Alfonso "Interpretación y Argumentación Jurídica". 1ª edición. Consejo Nacional de la Judicatura. Escuela de Capacitación Judicial. San Salvador. El Salvador. 2003 pp. 195 a 197.

5. Sobre los aspectos históricos de un modelo de preeminencia legal en cuanto a los sistemas continentales y del *common law* y sus repercusiones Ver. DAMASKA Mirjan R. "Las caras de la justicia y el poder del Estado. Análisis comparado del proceso legal". Traducción de Andrés Morales Vidal. Editorial Jurídica de Chile. Santiago. Chile. 2000 pp. 55 a 61 y 76 a 80.

6. Sobre los modelos abiertos y cerrados ver TARUFFO Miguel "La prueba de los Hechos". Traducción de José Ferrer. Trotta. Madrid, España. 2002 pp. 341 y ss.

La desregulación de la prueba aún en los modelos abiertos no es absoluta, pues ello implicaría la asunción de un modelo que no tutela valores fundamentales<sup>7</sup> ni libertades públicas<sup>8</sup>, los cuales se encuentran por sobre la búsqueda de la verdad, aunque la investigación resulte limitada, si ello es así en el modelo del *comom law*,<sup>9</sup> en el modelo románico la preservación de reglas jurídicas es más notoria, por cuanto la normativización de los tipos procesales no sólo aseguran la búsqueda de la verdad, sino también garantizan el debido proceso, en este esquema, dirimir el conflicto judicialmente no es un fin exclusivo y excluyente, sino también se busca preservar un modelo jurídico-constitucional para resolver la cuestión penal<sup>10</sup>.

Lo anterior señala que en materia de obtención de conocimiento, aquellas actividades que violen garantías de un rango superior, no pueden ser admitidas como formas para el conocimiento de la verdad, se establece aquí un aspecto ponderativo entre conocimiento de la verdad –basado en una garantía epistemológica– y límite a la forma del conocimiento –garantía ideológica-normativa– en tal sentido, concurren ciertos valores jurídicos, que estructuran a su vez reglas jurídicas para el control de la prueba, que deben ser obligatoriamente observados, aunque ello en el plano del conocimiento implique la limitación de la averiguación de la verdad, ergo, en nuestro sistema procesal penal de tradición jurídica continental no campea un modelo de libertad probatoria abierto, es decir un modelo de los llamados *freedom of proof* como el que se recepta en los modelos anglosajones<sup>11</sup>.

7. Debe reconocerse que aún en el modelo anglosajón se ha sostenido, que la verdad no puede ser alcanzada a toda costa, y que para su obtención deben respetarse ciertos, derechos, bienes y valores. Confrontar RAWLS Jhon "El Liberalismo Político". Traducción de A. Domenech. Editorial Crítica. Barcelona. España. 1996 pp. 253 a 254.

8. Ciertamente la tutela de las libertades fundamentales se encuentra arraigada en la teoría política, filosófica y jurídica del sistema norteamericano, pero de una manera diferente de acuerdo a su propia tradición cultural, y se ha expresado de la siguiente manera: "Me refiero primero a la Constitución, y en particular a las garantías fundamentales que otorga al individuo. No se puede privar a nadie de la libertad sin que medie un procedimiento judicial previamente establecido. Aquí tenemos un concepto del más amplio grado de generalidad. Sin embargo se presenta en forma global. No se define la libertad; sus límites no han sido trazados ni establecidos". CARDOZO Benjamín Nathan "La Función Judicial". Traducción de Victoria Cisneros y Leonel Pereznielo Castro. Pereznielo Editores. México. 1996 p 36.

9. Sobre ese aspecto se dice: "Algunos países de la órbita de influencia del *Common Law* como los Estados Unidos casi siempre han tenido muy claro que la vulneración de garantías constitucionales lleva implícita la obligación de excluir semejante material probatorio". ARMIJO SANCHO Gilbert LLOBET RODRIGUEZ Javier RIVERO SANCHEZ Juan Marcos "Nuevo Proceso Penal y Constitución". 1ª edición. Investigaciones Jurídicas. San José. Costa Rica. 1998 p 337.

10. Como se ha expresado en la tradición continental se preserva un determinada ideología jurídica que determina un máximo de control, y la preservación de ciertas garantías bajo la tutela del juez, sobre ello *in extenso* ver el capítulo tres de GASCÓN AVELLAN Marina "Los Hechos en el Derecho". Bases argumentales de la prueba. 2ª edición. Marcial Pons. Barcelona. España. 2004 pp. 125 y ss.

11. Sobre el alcance de los modelos de libertad probatoria con escaso margen de control sobre los métodos para adquirir el conocimiento de los hechos, anteponiendo los planos epistemológicos y cognoscitivos. Ver GASCÓN AVELLAN Marina "La Interpretación Constitucional". 1ª edición. Consejo Nacional de la Judicatura. Escuela de Capacitación Judicial. San Salvador. El Salvador. 2004 p 66.

## 2. La prueba ilícita. Consideraciones iniciales.

La temática que se ha desarrollado sobre la cuestión de la ilicitud de la prueba tiene diferentes perspectivas, tanto desde su consideración doctrinal<sup>12</sup> como el tratamiento que a nivel jurisprudencial han determinado sobre los mismos diferentes tribunales. Ciertamente sobre el primer aspecto, se ha seguido una trayectoria evolutiva de fortalecimiento del sistema de garantías, con lo cual se ha entendido que aquellas pruebas obtenidas ilícitamente con violación de derechos y garantías constitucionales, no tienen valor para probar los hechos en juicio ni deben ser admitidas como pruebas<sup>13</sup>, con lo cual se afirma la exclusión de las mismas, aunque ello afecte el descubrimiento de la verdad, así diversos autores, como Carrio "A partir de algunos fallos dictados en tiempos recientes por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, es posible afirmar –al menos en ciertos casos– que para nuestro sistema jurídico los medios de prueba obtenidos en violación de garantías constitucionales no son admisibles como prueba de cargo". CARRIO<sup>14</sup>, Maier<sup>15</sup>, Roxin<sup>16</sup>, Armijo<sup>17</sup>, Lobet<sup>18</sup>, Miranda

12. La doctrina del sistema continental no ha excluido el abordaje de la prueba ilícita, su más ilustre precursor se informa es Beling quien en 1903 trata el tema bajo la consideración de las prohibiciones probatorias, señalando los límites que ciertos valores de rango primario implican para la investigación penal, bajo esta visión se expresa que el Estado y sus órganos de investigación tienen el deber de averiguar la verdad, es decir lo que realmente sucedió de un hecho delictivo, y para ello deben adoptar las medidas necesarias para alcanzar tal fin, empero, tal poder no puede ser ilimitado, por lo cual normativamente, se determina la configuración de cómo se averiguará la verdad, y en tal sentido la Constitución y la ley predeterminan la forma de probar los hechos y prohíben el uso de ciertas formas de prueba. BELING Ernest "Derecho Procesal Penal". Traducción y notas Miguel Fenech. Editorial Labor, Barcelona España. 1943 p 219. Señalando a Beling como precursor GUARIGLIA Fabricio "Las prohibiciones de valoración probatoria en el proceso penal" en Jueces para la democracia N° 26. Julio-1996. España. 1996 p 76. En igual sentido puede verse las consideraciones expresadas por Cappellati en la eficacia de pruebas ilegalmente admitidas y comportamiento de parte en CAPELLETI Mauro "La oralidad y las Pruebas en el Proceso Civil. EJE A. Buenos Aires. Argentina. 1972 p 137 y ss.

13. Sobre ello analizado desde la perspectiva de la libertad probatoria y sus límites CASTILLO BARRANTES J. Enrique "Ensayos sobre la nueva legislación procesal penal" 2ª edición. Juritexto. San José. Costa Rica. 1992 p 63.

14. "A partir de algunos fallos dictados en tiempos recientes por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, es posible afirmar –al menos en ciertos casos– que para nuestro sistema jurídico los medios de prueba obtenidos en violación de garantías constitucionales no son admisibles como prueba de cargo". CARRIO Alejandro D "Garantías Constitucionales en el Proceso Penal". 4ª edición actualizada y ampliada. Hammurabi. Buenos Aires. Argentina. 2000 p 229.

15. El autor les denomina específicamente prohibiciones probatorias y se extiende sobre sus diversas denominaciones en los diferentes modelos Ver. MAIER Julio B.J. "Derecho Procesal Penal". Tomo I. Fundamentos. Editoras del Puerto. Buenos Aires. Argentina. 2004 pp. 695 a 696.

16. "El esclarecimiento de hechos punibles no sujeta a límite alguno entrañarla el peligro de destruir muchos valores colectivos e individuales. Por ello la averiguación de la verdad no es un valor absoluto en el procedimiento penal; antes bien el propio proceso penal está impregnado por jerarquías éticas y jurídicas de nuestro Estado (...) No es un principio de la StOp que la verdad deba ser averiguada a cualquier precio" ROXIN Claus "Derecho Procesal Penal". Traducción de Gabriela E. Córdoba y Daniel R. Pastor. Editores del Puerto. Buenos Aires. Argentina. Primera reimpresión. 2001 p 191.

17. "En América empezamos a aceptar las ideas de la doctrina más progresista del Derecho Continental sobre este tema. Algunos países incluso han elevado a rango constitucional la prohibición de admitir y utilizar la prueba que vulnere garantías constitucionales en el proceso penal" ARMILLO SANCHO Gilbert A. "Garantías Constitucionales. Prueba Ilícita y la Transición al Nuevo proceso Penal". Colegio de Abogados de Costa Rica. San José. Costa Rica. 1997 p 122.

18. "El principio de "verdad material" encuentra un límite en la necesidad de la licitud del medio empleado para la búsqueda de la verdad" LLOBET RODRIGUEZ Javier "Proceso Penal Comentado". (Código Procesal Penal Comentado). Segunda Edición. Primera Reimpresión. Editorial Jurídica Continental. 2003 p 216

Strampes<sup>19</sup>, Guariglia<sup>20</sup>, Cafferata<sup>21</sup>, Gascón<sup>22</sup>, han sostenido con diferentes matices la exclusión de la prueba ilícita.

En materia de decisiones judiciales se ha entendido que la prueba obtenida ilícitamente no debe ser utilizada para demostrar los hechos en juicio<sup>23</sup>, sobre tal aspecto tanto en el sistema del continental como en el del *common law* se ha comprendido que los actos de investigación y de prueba que transgredan garantías de rango constitucional deben ser excluidos de la decisión<sup>24</sup>; para ello en algunos sistemas, el énfasis del control se realiza en el momento en el cual la prueba se ofrece (se excluye en el momento del ofrecimiento o de la incorporación de la prueba); en otros el control se establece al momento de la valoración de la prueba incorporada, cuando la misma se sopesa para establecer hechos

19. Sobre el alcance de la prueba ilícita en cuanto a su significación Cf. MIRANDA STRAMPES Manuel. "El concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal. J.M. Bosch Editor. Barcelona. España. 1999 pp. 17 a 22.

20. "La breve reseña que se acaba de realizar, permite concluir que tanto la tradición jurídica anglo-americana como la europeo-continental, conocen una categoría de casos de exclusión de medios de prueba fundados en intereses en principio distintos al afianzamiento de la búsqueda de la verdad, que incluye tanto casos de no admisión de pruebas en virtud de la tutela de intereses ajenos al procedimiento penal concreto (por ejemplo el secreto profesional) como casos de exclusión de prueba ilícitamente obtenida por la persecución penal, es decir prueba obtenida mediante la lesión de un precepto legal (constitucional o de derecho común) aplicable al acto de recolección de prueba en cuestión". GUARIGLIA Fabricio "Concepto, fin y alcance de las prohibiciones de valoración probatoria en el procedimiento penal. Editores del Puerto. Buenos Aires. Argentina. 2005 p 19.

21. "La Constitución Nacional, sobre los pactos internacionales incorporados a ella, y los códigos procesales subordinan a la obtención de la verdad sobre el hecho punible al respecto de otros valores o intereses, que priorizan sobre ella". CAFFERATA NORES José I. "Cuestiones Actuales sobre el Proceso Penal". 2ª edición actualizada. Editores Del Puerto. Buenos Aires. Argentina. 1998 p 125.

22. Refiriéndose a un modelo de limitación a la averiguación de la verdad, dentro del cual se desarrolla la regla de exclusión de prueba ilícita GASCON ABELLAN Marina "Los Hechos en el Derecho..." Op. cit. p 132.

23. Es paradigmático en Costa Rica el voto 1739-92 en el cual se detallaron el conjunto de derechos que informan el debido proceso y dentro de ellos se destacó en relación a los derechos del procedimiento, el principio de legitimidad de la prueba sobre el cual se dijo: " (b) El principio de legitimidad de la prueba: Lo último dicho plantea, por cierto, un tema difícil, que aparece en el meollo del caso motivo de esta consulta, a saber, de la prueba ilegítima, su tratamiento formal, y su valoración, tema sobre el cual la doctrina y la jurisprudencia penales y constitucionales no alcanzan todavía consenso. Sin embargo esta Sala ha venido adoptando una posición, sino unánime, al menos constante, sobre la base de la supresión hipotética de la prueba espuria, en el sentido que, amén de negarle todo valor probatorio en sí –sobre lo cual no parece haber ninguna discusión– se suprime del proceso, es decir se suponga que no hubiera existido, y por ende, se invalide también otras pruebas, no ilegítimas per se, en cuanto que hayan sido obtenidas por su medio". También es referente obligado la sentencia del Tribunal Supremo de España (STS) del 18 de junio de 1992 en el caso "Naseiro". Un excelente resumen en relación a la garantía de legitimidad de la prueba se presenta en MORAMORA Luis Paulino "Garantías derivadas del debido proceso" en Derecho Procesal Penal Costarricense. 1ª edición. Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica. San José. Costa Rica. 2007 p 50.

24. En ambos sistemas resulta claro el tratamiento de la prueba obtenida con vulneración de las garantías constitucionales en cuanto a su exclusión, como ilustración es oportuno citar lo que se sostenido en el derecho continental, inclusive desde hace tiempos sobre la necesidad de la regulación legal sobre las pruebas, y la prohibición de ciertas formas: FLORIAN Eugenio "De las Pruebas Penales". Tomo I. Reimpresión de la tercera edición. Traducción de Jorge Guerrero. Temis. Bogotá. Colombia. 1990 pp. 49 y 146 a 147; y en el ámbito anglosajón: "La así llamada regla de exclusión formulada explícitamente en términos de exclusión de prueba obtenida en violación de garantías constitucionalmente protegidas, fue inicialmente adoptada por la Corte Suprema Federal estadounidense en el ya histórico caso *Weeks v. United States*" GUARIGLIA Fabricio "Concepto, fin y alcance de las prohibiciones de valoración probatoria..." Op. cit. p 13.

(prohibición de la valoración de la prueba)<sup>25</sup>; un panorama simplificado del tratamiento de las doctrinas sobre la prueba ilícita y su exclusión se presenta a continuación.

### 3. Modelos de tratamiento de la prueba ilícita.

#### 3.1. Modelo continental.

En el modelo continental las cuestiones atinentes a la validez de las pruebas ilícitas se ha sustentado sobre la base de las prohibiciones probatorias, con lo cual se ha sostenido que las pruebas que se obtengan en violación de garantías constitucionales no deben ser objeto de valoración para la demostración de hechos, en este aspecto la jurisdicción constitucional ha tenido un papel más prevalente, con el resurgimiento de la justicia constitucional.

Una nota que es unificadora a todo el sistema continental radica en reconocer que hay ciertas cuestiones que no pueden ser objeto de prueba, y que la protección de esos ámbitos valiosos—usualmente vinculados a derechos, libertades y garantías fundamentales— se encuentran por encima de la búsqueda de la verdad y por esa misma razón es que se prohíbe su comprobación o la utilización de medios de prueba para determinar probados esos aspectos, su uso se entiende prohibido e ilícito<sup>26</sup>.

El tratamiento que la prohibición de prueba ha tenido en Alemania se ha sustentado sobre la base de la doctrina de la ponderación de intereses en juego, en tal sentido se ha dicho que la búsqueda de la verdad real no constituye un valor absoluto y por ende no puede estar por sobre la tutela de las libertades y derechos de rango constitucional, por ello la prueba obtenida con vulneración de estos no debe ser admitida<sup>27</sup>.

25. En tal sentido GÖSSEL Karl Heinz "La búsqueda de la verdad en el proceso penal". Aspectos jurídico-constitucionales y político-criminales" en Cuadernos de Política Criminal. N° 45. 1991. Madrid, España. 1991 p 678.

26. Así lo señala por ejemplo GÓMEZ COLOMER Juan-Luis "El proceso penal alemán. Introducción y normas básicas". Bosch. Barcelona. España. 1995. p 129. Y estructurando esta garantía en su sentido político fundante, sujeto a la estricta legalidad en cuanto a la formación de la prueba y a los métodos reconocidos normativamente FERRAJOLI Luigi "Derecho y Razón". Teoría del Garantismo Penal. Traducción de Perfecto Andrés Ibañez, Alfonso Ruiz Miguel, Juan Carlos Bayón Mohino, Juan Terradillos Basoco, Rocio Cantarero Bandrés. Segunda Edición. Editorial Trotta. Madrid. España. 1997 pp. 621 a 622.

27. Sobre este punto se sostiene que las pruebas obtenidas en violación de la legalidad carecen de validez SCHONKE Adolf "Los límites de la prueba en el derecho procesal penal" en Revista de Derecho Procesal Penal. XI. 1955. Madrid. España. 1955 pp. 375 y ss. Debe sin embargo indicarse que una posición más restrictiva es la que se sustenta sobre la base de la "teoría del ámbito de los derechos" "Rechtskreinstheorie" desarrollada a partir de las decisiones del BGH "en virtud de la cual en caso de que se lesione prohibiciones de producción de la prueba la posibilidad de revisar, y, con ello, también la valorabilidad de las pruebas obtenidas depende de si la lesión afecta en forma esencial el ámbito de derechos del recurrente o si ella es sólo de una importancia secundaria o no tiene importancia alguna para él". ROXIN Claus "Derecho Procesal Penal" Op cit. p 192.

Y es que ciertamente, se tiene por aceptado que en torno a la prueba, existen normas de carácter fundamental que impiden obtener la verdad mediante pruebas que legalmente se tienen como no permitidas, y que por ende aún en caso de haber sido incorporadas se prohíbe su valoración positiva para acreditar hechos en juicio<sup>28</sup>, de ahí que, de las normas que establecen derechos, libertades y garantías primarias, se configuren prohibiciones probatorias para obtener conocimiento, lo cual implica que los actos contrarios a tales regulaciones constitucionales sean considerados inadmisibles en las cortes, mediante la figura de las pruebas prohibidas<sup>29</sup>.

En el caso de la experiencia italiana el tratamiento de la prueba ilícita ha sido fructuoso, de manera contundente se ha expresado por la Corte Constitucional que las decisiones del poder judicial no pueden estar fundamentadas en pruebas prohibidas por las leyes y en tal sentido la valoración de la prueba se sujeta a la legalidad de la misma, es decir a que no se trate de prueba prohibida por la ley<sup>30</sup>. Es más, el Código de Procedimiento Penal vigente en ese país, prescribe que las pruebas obtenidas con violación de las prohibiciones legales no pueden ser utilizadas para probar hechos en el proceso penal.

El tratamiento de la prueba ilícita en el Reino de España, ha sido sustentado desde la perspectiva constitucional, así el Tribunal Constitucional Español en la sentencia 114/1984 del veintinueve de noviembre declara que no es posible utilizar pruebas que para su obtención hubieran infringido derechos fundamentales; ciertamente en la sentencia aunque no se reconoce un derecho autónomo respecto de la prueba ilícita, categóricamente se determina que la investigación en el proceso penal debe de respetar el marco de garantías que se deriva de los derechos básicos de los ciudadanos, con lo cual la interdicción de prueba ilícita pasa a formar parte del debido proceso, lo cual significa imposibilidad de su utilización<sup>31</sup>.

Precisamente a partir del tratamiento de la prueba obtenida en violación de los derechos y garantías fundamentales como prueba ilícita,

28. En el caso del derecho alemán se señalan las siguientes prohibiciones: "a) determinados hechos no pueden ser objeto de la práctica de la prueba (prohibiciones de temas probatorios); b) determinados medios de prueba no pueden ser empleados (prohibiciones de medios probatorios); c) en la producción de la prueba no se puede hacer uso de ciertos métodos (prohibición de métodos probatorios), o se puede; d) ordenar o realizar la obtención de la prueba sólo por determinadas personas (prohibiciones probatorias relativas)". ROXIN Claus "Derecho Procesal Penal" Op cit. p 191.

29. Comentando las orientaciones que en el derecho penal se han ido matizando es ilustrativo ASENIO MELLADO José María "Prueba Prohibida y Prueba Preconstituida". Tribium. Madrid. España. 1991 p 84.

30. Apunta tal cuestión CAPPELLETTI Mauro "Las garantías constitucionales de las partes. Proceso, Ideología y Sociedad. EJE. Buenos Aires. Argentina. 1974 p 560.

31. "La interdicción procesal de la prueba ilícitamente obtenida deriva de la nulidad radical de todo acto público o en su caso privado violatorio de las situaciones jurídicas reconocidas en la Sección Primera del capítulo segundo del Título I de la Constitución". STC Número 114/1984 del veintinueve de noviembre 1984.

es que se establece una ponderación de intereses por el TC español en el cual se equilibran los derechos ciudadanos y la eficacia de las investigaciones penales, pero señalando un claro límite, la imposibilidad de aprovechar aquella prueba que se haya obtenido violando normas de rango constitucional<sup>32</sup>.

Otro aspecto importante lo incorpora la sentencia 81/1988 del TC por la cual se determina que la ilicitud de la prueba alcanza a otros elementos que se deriven del medio espurio, aunque tal limitación no se considera de manera automática, en tal sentido se matizó la posición inicialmente adoptada y ello implica que la prohibición de hacer uso de pruebas ilícitas no tiene una aplicación ilimitada a todos los elementos conocimiento<sup>33</sup>.

A partir de lo anterior se aplica un estándar de consideración sobre la base de entender ilícita la prueba y sus derivaciones, en un examen global del derecho a un proceso justo, en el cual se ponderen los "intereses en juego" sobre la base de la "conexión de antijuricidad" entre el hecho fáctico y el acto probatorio ilícitamente practicado<sup>34</sup>.

Pero además otro precedente confirma la importancia de hacer prevalecer los derechos fundamentales cuando estos se vean afectados por actividad ilícita que pretenda obtener información probatoria, la referencia es a la STC 85/1994 con la cual se establece la prohibición de conceder efectos a las pruebas obtenidas mediante actos ilícitos, sino que además se reconoce el efecto reflejo de las pruebas ilícitas, con lo cual los actos derivados de ellas, ven comprometida su validez dado su origen espurio<sup>35</sup>.

En el sistema continental europeo, un marco regulador importante es el que se deriva del control de la aplicación de las normativas internas y de los actos de autoridad, respecto de la vigencia de los derechos humanos, para indicarlo con especificidad, al tratamiento que el Tribunal

32. A estos efectos se dice en la sentencia en comento respecto de la ponderación de los derechos fundamentales que estos puedan: "ceder ante la primera exigencia (la obtención de la verdad) cuando su base sea estrictamente infraconstitucional pero no cuando se trate de derechos fundamentales que traen su causa directa e inmediatamente, de la norma primera del ordenamiento. STC sentencia 114/1984 del veintinueve de noviembre 1984.

33. Sobre ello LÓPEZ ORTEGA Juan José "Prueba y Proceso Penal". El alcance derivado de la prueba ilícita en la jurisprudencia constitucional (STC 81/1998) en Revista Justicia de Paz N° 14. Año V. Vol. IV. Diciembre 2002. CSJAECL. San Salvador. El Salvador. 2002 p 71.

34. LÓPEZ ORTEGA Juan José "Prueba y Proceso Penal". El alcance derivado de la prueba ilícita... Op cit p 72.

35. Al efecto se dice: "Se impone pues una segunda consecuencia, ésta de gran calado constitucional: es indisponible para el legislador administrar el alcance y las consecuencias de la prueba ilícita, extendiéndola o no a los efectos derivados de la misma, pues constituye una exigencia constitucional, vinculada a la protección de los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución y en especial al derecho a un proceso con todas las garantías (art.24.2 CE) impedir que puedan desplegar cualquier eficacia en el proceso los elementos probatorios que puedan deducirse de una actuación contraria a los derechos fundamentales". LÓPEZ ORTEGA Juan José "Prueba y Proceso Penal". El alcance derivado de la prueba ilícita... Op cit p 74.

Europeo de Derechos Humanos le ha concedido a la cuestión de la prueba ilícita. Un primer punto de partida es señalar que la cuestión en ese Tribunal supraconstitucional ha entendido el asunto desde una perspectiva propia de control del derecho internacional de los derechos humanos, y por ello la cuestión de la prueba ilícita ha sido tratada desde la noción de el derecho a un proceso justo del justiciable respecto de los Estados, es decir se ha examinado a partir del artículo 6 de la CEDH y por ende lo que se examina es si se garantiza un proceso justo<sup>36</sup>.

En el caso de la justicia argentina según se informa el tratamiento de la prueba ilícita ha importado un largo desarrollo iniciado por el fallo sobre "Charles Hermanos" (CSJN. Fallos 46:36) además de los precedentes siguientes: "Montenegro" (CSNJ Fallos 303:1938); "Fiorentino" (LL 1985-A-159) y "Rayford y otros" (CSJN-Fallos 308:733) en todos ellos se indica se trata de pruebas obtenidas con afectación a garantías constitucionales, y no obstante que las circunstancias de hecho indicaban los presupuestos de un delito cometido, la decisión fue la de resolver la inadmisibilidad de los elementos de prueba que se habían obtenido ilegalmente<sup>37</sup>.

Los fundamentos que se determinaron la inadmisión de prueba ilícita se ha indicado tienen un connotación fundamentalmente ética, basada en aspectos de moral y seguridad respecto de prácticas abusivas, en el sentido se sostuvo que el poder judicial no puede apoyar sus decisiones en conductas ilícitas cometida, y que en tal caso se comprometería la buena administración de justicia<sup>38</sup>.

La consideración de los efectos derivados de la prueba ilícita se han tratado con mayor especificidad en los casos *Rayford* en el cual se

36. Así se expresó: "este principio interpretativo ha llevado al tribunal y a la comisión a considerar *in globo* la relación entre la prueba legal y proceso equitativo. Por ello se sostiene que una prueba obtenida ilegalmente según la legislación interna no es en cuanto tal incompatible con la garantía del art. 6; es preciso hacer abstracción y examinar si en el conjunto del proceso el inculcado se ha beneficiado de un proceso equitativo. En el ámbito del derecho interno, suele admitirse unánimemente que las consecuencias de irregularidades producidas en la obtención de prueba es su exclusión, la imposibilidad de fundar en ella la convicción del juez. Sin embargo en el sistema del Convenio no rige esta misma regla. De el solo hecho de que las pruebas se hayan obtenido ilegalmente no puede inferirse la violación del artículo 6 del Convenio". LÓPEZ ORTEGA Juan José "Prueba y proceso equitativo. Aspectos actuales de la jurisprudencia europea" en Cuadernos de Derecho Judicial. Consejo General del Poder Judicial. Madrid. España. 1993 p 265.

37. Sobre ello CARRIO Alejandro D "Garantías Constitucionales..." Op cit pp. 229 a 230. Indica también esta evolución HAIRABEDIAN Maximiliano "Eficacia de la prueba ilícita y sus derivadas en el proceso penal". Primera edición. AD-HOC. Buenos Aires. Argentina pp. 37 a 38.

38. Al punto al considerar los fallos enunciados se ha indicado: "El fundamento dado por la Corte para decretar tal exclusión fundamentalmente de carácter ético. En "CHARLES HERMANOS" habló de que "la ley en el interés de la moral y la seguridad" declaraba a dicho material inculcatorio como inadmisibles. En "MONTENEGRO" y "FIORENTINO" acuña la expresión de que otorgar valor al resultado de un delito (se refiere al cometido por los agentes del orden al obtener la prueba) y apoyar sobre el una sentencia judicial, no sólo es contradictorio con el reproche formulado, sino que compromete la buena administración de justicia al pretender constituirla en beneficiaria del hecho ilícito CARRIO Alejandro D "Garantías Constitucionales..." Op cit pp. 230 a 231.

hace una aplicación más extensiva de la regla de exclusión de la prueba ilícita, en el sentido que ésta debe excluir cualquier medio de prueba obtenido mediante actuaciones ilegales, aunque se señalaron las limitaciones de un interés del titular, y se reconoció que la regla de exclusión admite factores atenuantes respecto de una aplicación automática que excluya elementos de prueba<sup>39</sup>.

Un caso posterior resuelto por la Corte —como se ha indicado— pareció haber limitado los alcances de la regla de exclusión en el tratamiento de la prueba ilícita, por cuanto sostiene la exclusión de aquella prueba que en sí misma, sea objeto de una actividad violadora de garantías constitucionales<sup>40</sup>; sin embargo en otro caso “Daray” (LL 1995-B-349) la Suprema Corte determina los alcances de la regla de exclusión, en el sentido que “la regla mantiene su vigencia más allá de la prueba en sí misma, cuando la misma es obtenida con violación de garantías de orden constitucional<sup>41</sup>”.

En la doctrina costarricense es ampliamente mayoritaria la adhesión a la tesis de que aquellas pruebas que violan derechos fundamentales o garantías constitucionales constituyen prueba ilícita, y que por ende su valoración se encuentra prohibida<sup>42</sup> y también en el ámbito jurisprudencial se ha reconocido que aquellas pruebas obtenidas con violación de normas de rango constitucional deben ser excluidas de su apreciación<sup>43</sup>.

Los aspectos sustantivos de la prueba ilícita se han ido consolidando a través de las decisiones del máximo tribunal en materia de constitucionalidad quien ha indicado que la prueba prohibida se encuentra prohibida, aunque se ha reconocido un matiz de favorabilidad respecto del imputado a partir de la estructuración normativa del precepto, aspecto que fue desestimado

39. Sobre esos aspectos CARRIO Alejandro D “Garantías Constitucionales...” Op cit pp 245 a 246.

40. A esos efectos en una especie de *dictum*, se señala por el alto tribunal: “Los jueces tienen el deber de resguardar, dentro del marco constitucional estricto, la razón de justicia que exige que el delito comprobado no rinda beneficios... El deber de dejar establecida la verdad jurídica objetiva en materia de enjuiciamiento penal, solo autoriza a prescindir, por ilícita de una prueba cuando ella “en sí misma” haya sido obtenida a través de medios inconstitucionales e ilegales” CARRIO Alejandro D “Garantías Constitucionales...” Op cit. p 258

41. Lo expresa de esa manera CARRIO Alejandro D “Garantías Constitucionales...” Op cit. pp. 262 a 263.

42. Sobre ello se ha actualizado: “Entendemos por *pruebas ilícitas* aquellas pruebas que se han obtenido o valorado con vulneración de derechos constitucionales e implican un perjuicio real y efectivo para alguna de las partes del proceso” ARMIJO SANCHO Gilbert A. “Garantías Constitucionales, Prueba Ilícita y la Transición al nuevo proceso penal” Op cit. pp. 119 a 120.

43. A tal efecto conviene citar el voto de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica Número 8591 del uno de diciembre de mil novecientos noventa y ocho en cual se dice: “Con relación al tema de la prueba ilícita por ser contraria a principios constitucionales este tribunal ha resuelto: Dentro de las diferentes interpretaciones sobre la licitud o no de prueba, tenemos la teoría de la prueba espuria o de los frutos del árbol envenenado (*fruit Of the poisonous tree doctrine*) que supone que cada vez que un medio probatorio originado en una violación constitucional aporte elementos de culpabilidad para el acusado, es nulo el acto productor de la prueba y todo medio probatorio que de él derive”.

de una pretensión de inconstitucionalidad<sup>44</sup>.

Por último, en nuestro país, el concepto de prueba ilícita ha sido reconocido como un integrante de la legalidad en general y aspecto fundamental del debido proceso e integrante en consecuencia del sistema de garantías judiciales por cuanto se ha reconocido que la prueba prohibida es aquella que violenta derechos fundamentales, señalándose a partir de esas connotaciones dos consecuencias de carácter negativo tanto en el orden constitucional como en el orden estrictamente procesal ordinario<sup>45</sup> ambas estructuradas sobre las limitaciones a la valoración de prueba obtenida ilegalmente, y sobre las cuales se reconoce expresamente por la jurisdicción constitucional tanto el ámbito de la prueba prohibida como la del efecto reflejo de la prueba ilícita<sup>46</sup>.

También se ha reconocido en nuestro sistema normativo la diferencia entre prueba ilícita y prueba irregular, teniéndose en cuenta que la prueba ilícita genera la interdicción de valorar la prueba obtenida<sup>47</sup> con lo cual los

44. El Voto es el 6511-2002 del tres de julio de dos mil dos y en el mismo en lo pertinente se dice: “El Estado no puede producir ni utilizar prueba ilícita para investigar los delitos. Sin embargo si a pesar de eso sus agentes lo hacen e infringen esa garantía erigida a favor del imputado, el legislador previó la posibilidad de que el juez tome en consideración la prueba espúrea, pero sólo en cuanto beneficie al encartado, pues es él el titular o portador de ese derecho (...) En virtud del principio de inviolabilidad de la defensa, el Estado y particularmente la policía y el Ministerio Público están obligados a respetar los derechos y garantías del imputado; sin embargo si se viola este imperativo, el imputado no tendrá por qué sufrir doblemente las consecuencias del atropello a sus derechos fundamentales. Si a través de esa prueba obtenida ilícitamente es posible extraer elementos de juicio que objetivamente considerados y analizados, de conformidad con las reglas de la sana crítica, beneficia al imputado, deben admitirse su utilización, en razón del principio pro libertate y sobre todo del principio general de justicia como valor supremo al que debe aspirar todo ordenamiento jurídico”.

45. Sobre esos aspectos la Sala de lo Constitucional en sentencia de Habeas Corpus Ref. 131-2003 de las doce horas quince minutos del diecinueve de febrero de dos mil cuatro dijo: “La prueba prohibida se define como aquella que se obtiene con infracción de derechos fundamentales; de ello se advierte, que ésta constituye un límite al poder punitivo del Estado y se vincula directamente con el concepto de dignidad humana; por cuanto la misma se configura como “el punto de referencia de todas las facultades que se dirigen al reconocimiento y afirmación de la dimensión moral de la persona” y se traduce y concreta en los derechos fundamentales de la persona humana, siendo éstos una proyección de la dignidad. Es así, que la prueba prohibida adquiere un doble carácter negativo, por un lado su prohibición constitucional y por el otro su ineficacia procesal; la primera en atención a que la investigación y penalización de un delito no puede hacerse por un medio violatorio a normas constitucionales, sino que debe ser en total respeto de los derechos y garantías fundamentales; y la segunda referida a la no producción de efectos jurídicos por haberse obtenido —la prueba— en contravención a lo establecido en la Constitución; y es que si bien existe dentro del proceso penal el principio de libertad probatoria —según el cual dentro de éste, todo se puede probar y por cualquier medio— el mismo no puede alcanzar extremos tales que permita al juzgador valorar prueba obtenida en violación de derechos fundamentales”.

46. A tales efectos se ha sustentado por el alto Tribunal en Sentencia de Habeas Corpus Ref. 60-2004 de las doce horas quince minutos del día 27 de octubre de dos mil cuatro: “De lo anterior se puede afirmar que dos son las consecuencias de la prueba prohibida: la primera es la conocida regla de exclusión, según la cual no puede introducirse en el proceso un hecho descubierto o una declaración realizada vulnerando derechos constitucionales; y la segunda el efecto reflejo de la prueba prohibida, por el cual los elementos de prueba que se hayan obtenido legalmente, pero que se deriven o produzcan de una prueba obtenida en violación a derechos fundamentales o garantías constitucionales, estarán contaminadas con la violación originaria por lo que tal prueba “formal y legalmente válida” será viciada en su origen y por tanto prohibida su utilización y valoración”.

47. En este caso es la Sala de lo Penal la que ha indicado: “Cualquier información que se recopile dentro de una investigación o en el proceso penal con infracción o vulneración de derechos individuales se considera como prueba prohibida y que por lo tanto es ilícita esa información. Esta afecta la validez de la información recogida. La prueba irregular consiste en la obtención de información con infracción de alguna norma procesal que no provoca indefensión ni mucho menos la restricción ilegal de derechos individuales constitucionalmente reconocidos. Esta en principio tiene valor probatorio para los efectos de establecer la culpabilidad o inocencia del imputado. Sentencia de la Sala de lo Penal Ref. 276-02 de las diez horas del catorce de Octubre de dos mil tres.

lo cual los efectos que se predicen de las mismas son diversos, la exclusión respecto de la primera y la posibilidad de valorar en cuanto a la segunda<sup>48</sup>.

Para ser más preciso, en el aspecto del tratamiento de la prueba ilícita se ha reconocido que una de las formas de generar el control de las mismas, es precisamente el sistema de exclusiones probatorias, con lo cual la valoración de la misma puede ser desestimada si la misma es constitutiva de una infracción de garantías constitucionales<sup>49</sup> al grado tal que la legitimidad de las pruebas se vincula a la legitimidad de la sentencia<sup>50</sup>.

### 3.2 Modelo del *common law*.

El examen del modelo anglosajón, se limita a una síntesis del desarrollo del tema de la exclusión probatoria en los Estados Unidos de América, el aspecto medular de las llamadas *exclusion rules* se refiere a actuaciones de la policía en actos de investigación que posteriormente podrían ser utilizadas como evidencias de cargo en contra de los acusados, cuando los actos de investigación han sido verificados con transgresión a normas constitucionales, es decir a las garantías que estatuyen las Enmiendas de la Constitución de esa nación<sup>51</sup>.

48. Se ha dicho sobre ello: "En este orden de ideas, habrá prueba ilícita o prohibida cuando se afecta la validez de la información recogida, siendo consecuentemente dicho acto nulo o inadmisibles; y en cuanto a la prueba irregular, en principio ésta tiene valor probatorio, para los efectos de establecer la culpabilidad o inocencia del acusado". Sentencia de la Sala de lo Penal Ref. 469-CAS-2004 de las nueve horas del veintinueve de julio de dos mil cinco.

49. Al abordarse el punto en referencia se consideró: "Por regla general las exclusiones probatorias se presentan en el momento de la inadmisibilidad, donde se controla el procedimiento de obtención o recolección del material probatorio, no sólo en sus requisitos formales, sino por su vinculación con los derechos fundamentales de las personas; eso no obsta para que se hagan en la fase del juicio que por alguna circunstancia el control de la audiencia preliminar no se verificó o haya sido en forma defectuosa; en este caso, el Tribunal de Sentencia, también como contralor de las garantías constitucionales, puede tutelar el procedimiento de adquisición de la información probatoria; así como los derechos fundamentales que pudieran conculcarse al obtenerla, inclusive en la valoración misma, pero cuando ya la prueba se ha producido, no solo debe cuestionarse su procedimiento sino también su esencialidad como tal, porque resulta contradictorio, que hasta la valoración de la prueba se cuestione su procedimiento de incorporación y la sentencia recaea sobre esa circunstancia, volviendo inútil la vista pública". Sentencia de la Sala de lo Penal de las ocho horas dieciséis minutos del cuatro de abril de dos mil cuatro".

50. Se indicó al respecto: "La legitimidad de la sentencia tiene que ver con los medios y elementos de prueba de los que se ha servido el juez para llegar a una decisión. En tal sentido, la motivación es ilegítima si el pronunciamiento se fundamenta en prueba ilegal -tanto en su obtención como en su incorporación al juicio- así como cuando no se toma en cuenta en la valoración, sin dar razón alguna, aquellos elementos probatorios incluidos en el debate y que revisten carácter decisivo. Ambas situaciones son capaces de provocar la nulidad de la sentencia, siempre y cuando exista un interés jurídico en hacerlo, es decir que el vicio incida en forma grave y directa en la motivación. Caso contrario, no procedería la sanción anulatoria en la sola defensa de las formas, lo que implica que el fallo puede mantener su validez si la prueba inválida u omitida no es de carácter decisivo y eficaz, o si el mismo se sustenta en otros elementos de juicio suficientes y válidos". Sentencia de la Sala de lo Penal de las ocho horas cincuenta y dos minutos del cinco de abril de dos mil seis.

51. Claramente la cuestión también atañe a un ámbito de supremacía y de control de la Constitución como norma suprema, ello es así por cuanto las garantías constitucionales en el tratamiento de la justicia del sistema norteamericano tienen un sentido especial a partir de la llamada *judicial review* con lo cual se establece que "la constitución vincula al juez más fuertemente que las leyes, las cuales sólo pueden ser aplicadas si son conformes a la Constitución; en tal sentido se establece un deber para el juez de anular las disposiciones legales que contrarían la Constitución, lo cual se afirmó en *Marbury vs Madison* quedando establecida la supremacía de la

En el orden de ideas, se reconoce que las garantías constitucionales privan de todo valor no sólo la vulneración, sino también la actuación inconstitucional de las autoridades, o dicho de otra manera que ante actividad probatoria desarrollada en violación a garantías derivadas de la constitución, estas se encuentran excluidas de todo valor, no sólo en lo atinente a la consecuencia directa, sino también a las pruebas derivadas de tales violaciones, esa es la configuración de la llamada *fruit of the poisonous tree doctrine*<sup>52</sup> en ese contexto es que se formula en el modelo estadounidense las reglas de excepción probatorias a las pruebas obtenidas ilícitamente, y la vinculación de la exclusión a las pruebas que se deriven del acto ilícito original<sup>53</sup>.

### 3.3. Orígenes de la regla de exclusión.

Como precedentes supresores de evidencia ilegalmente obtenida por oficiales de policía, por violar las garantías que la Constitución confiere a sus ciudadanos, las reglas de exclusión probatoria en el sistema anglosajón se derivan de los precedentes *Weeks v Estados Unidos* y *Mapp v Ohio*,

Constitución sobre cualquier tipo de ley, así se consideró: "La Constitución es o bien una ley suprema, inmodificable por los 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 ilimitado por su propia naturaleza".

52. El inicio de la *fruit doctrine* se marca con el caso *Silverthorne Lumber Co vs United States*, 251 U.S. 385 (1920) y se desarrolla con ese énfasis en *Nardone vs United States*, 308 U.S. 338 (1939)

53. Claramente el desarrollo más notorio de la prueba ilícita comienza con una serie de casos que en resumen se detallan: *Mapp vs Ohio*, 367 U.S. 643, (1961) se refiere en este caso que autoridades policíales llegaron al domicilio de la señora Mapp buscando a un sospechoso peligroso y le pidieron permiso para registrar su casa, la policía sospechaba que la persona que buscaban había detonado una bomba; ante la negativa de Mapp para que registraran su casa, los agentes se retiraron, pero regresaron posteriormente, informándole que tenía una orden judicial para registrar su vivienda, Mapp se dio cuenta que la orden era falsa, por lo que se opuso al registro, los agentes procedieron al allanamiento, encontrando en el interior de la casa material pornográfico, por lo que Mapp fue detenida y posteriormente acusada por ese hecho criminal. Ante la sentencia de condena la Suprema Corte revoca la misma por violación a garantías constitucionales, y realiza una incorporación de las primeras ocho Enmiendas de la Constitución en el sentido de la Enmienda decimocuarta, se establece que cuando un allanamiento vulnera normas constitucionales como las que tutelan el domicilio y la intimidad, porque no se cuenta por la autoridad con causa probable, el fruto de ese acto se encuentra envenenado y es inadmisibles en corte. Otro caso relevante fue *Escobedo vs Illinois* 378 U.S. 478 (1964). El acusado Escobedo había confesado ser autor de un homicidio, pero para ello la policía había utilizado la intervención de un cómplice para forzar que el inculcado confesara, y habían impedido la asistencia del defensor; la sentencia fue revocada, y la Suprema Corte sostuvo que el acusado debía contar con la asistencia de un abogado desde el momento en que el proceso dejara de ser una investigación y se concretará la acusación, por tal motivo la obstrucción a la asistencia de un abogado, vulneraba el derecho constitucional a contar con un defensor, y la confesión obtenida carecía de valor. Posteriormente se falla el célebre caso *Miranda vs Arizona* 384 U.S. 436 (1966) En este caso el supremo tribunal estableció que las confesiones obtenidas por la policía sin las advertencias legales, y sin defensor carecían de valor probatorio, en tal sentido se determinó que a partir del momento en el cual la persona es intervenida y restringida en su libertad, el acusado debe ser advertido de sus derechos y debe contar con la posibilidad de un abogado si es su deseo, así se dijo que el proceso judicial comienza cuando el inculcado no tiene alternativa de salir, y por eso mismo debe ser informado de sus derechos básicos; a) abstenerse a declarar; b) que cualquier manifestación que haga será usada en su contra en el juicio; c) que tiene derecho a elegir un defensor; d) que durante el interrogatorio policial tiene derecho a contar con su defensor; e) en caso de no contar con un defensor de confianza será asistido por un defensor público. Otro caso importante fallado fue *Katz vs United States*, 389 U.S. 347 (1967) es un caso relevante, por cuanto es el último en el cual se aplican las reglas de exclusión

ambos precedentes son los fundamentos esenciales para la construcción de la doctrina de la supresión de evidencia, como mecanismo de tutelas de la Cuarta y Quinta enmienda, la cual posteriormente se derivó —como se verá— a la tutela de la Décimo Cuarta Enmienda<sup>54</sup>.

El precedente *Weeks* es de notoria importancia, no sólo porque a partir del mismo, se instaura de manera categórica, la adopción de las reglas de exclusión de pruebas, para aquellas conductas policiales violatorias a la Cuarta Enmienda, con el fin de obtener evidencia incriminatoria, en contra del justiciable; sino porque además, a partir de este fallo, se vinculan todas las actuaciones del Gobierno, en los tribunales y causas de orden Federal<sup>55</sup>.

Es de hacer notar que, este importante precedente se cimienta sobre dos violaciones a garantías primarias, la primera que garantiza al ciudadano, el hecho de no ser objeto de arrestos arbitrarios e indiscriminados<sup>56</sup>, y la segunda se relaciona a la tutela de la inviolabilidad

probatoria sin excepciones, en el mismo agentes federales que investigaban a *Kantz* escucharon y gravaron sus conversaciones telefónicas, sin orden judicial, dicha información se utilizó en el juicio, la Suprema Corte revocó el fallo condenatorio, entendiendo que la conducta de los agentes violaba garantías constitucionales, y que por ello, las conversaciones no eran admisibles como evidencia. Por último la doctrina *Miranda* alcanzó su máxima dimensión con *Orozco vs Texas* 394 U.S. 324 (1969) *Orozco* fue condenado por un homicidio, en la investigación los agentes de policía llegaron a la vivienda de *Orozco*, y la comenzaron a interrogar, preguntándole si había estado en el café *El Farieto*, el tenía arma de fuego, y adonde se encontraba dicha arma, a las primeras preguntas *Orozco* contestó positivamente y en cuanto a la indagación del arma les reveló el lugar donde se encontraba; el arma se encontró, y la pericia indicó que dicha arma era el instrumento del homicidio. El recurso deducido por *Orozco*, tuvo como fundamento que previo al interrogatorio no le hicieron las advertencias legales, la Suprema Corte al fallar el caso determinó que el interrogatorio de los agentes había sido realizado, sin hacer del conocimiento del inculcado las garantías legales, y que por ende la confesión obtenida había sido ilícita, por que violaba la quinta, sexta y decimocuarta Enmienda, y no podía sustentar una sentencia de condena, el caso fue revocado.

54. Cf. CHIESA APONTE Ernesto L. *Derecho Procesal Penal de Puerto Rico y los Estados Unidos*. Volumen I. Primera reimpression. Editorial Forum. Puerto Rico. 1995 pp. 185 a 186. Ver también SALAS CALERO Luis "Aspectos materiales y procesales del principio acusatorio: Problemas probatorios, prueba ilícita y procesos penales socialmente relevantes. La exclusión de prueba ilícitamente obtenida en el derecho procesal de los Estados Unidos" en *Revista del Poder Judicial* N.º 86. Segundo trimestre. Consejo General del Poder Judicial. Madrid, España. 2002.

55. Sobre el particular se expone: "No es hasta el año 1914 que el Tribunal Supremo de los Estados Unidos en *Weeks v. United States*, decide que la regla de exclusión debe aplicarse en la jurisdicción federal. Se revocó una convicción por la admisión errónea de evidencia ilegalmente obtenida —en violación a la Enmienda Cuarta— por funcionarios federales. Pero no se aplicó la regla de exclusión a los frutos de la actuación de funcionarios estatales". CHIESA APONTE Ernesto L. *Derecho Procesal Penal de Puerto Rico y los Estados Unidos*. ... Op. cit. p 186.

56. En la legislación costarricense, la garantía respecto de detenciones arbitrarias se ha sustentado de manera directa en el artículo 37 de la Constitución Política, siendo limitada la privación de libertad por los principios de presunción de inocencia y de proporcionalidad. LLOBET RODRÍGUEZ Javier "La Prisión Preventiva. Límites constitucionales. Universidad para la Cooperación Internacional. San José. Costa Rica. 1997 pp. 40 a 41. En nuestro caso —El Salvador— la tutela de dicha garantía en el ámbito estrictamente probatorio en cuanto a sus efectos, podría derivarse de la garantía que tienen los gobernados de la República a no ser detenidos arbitrariamente, sino únicamente por orden escrita de autoridad competente, o en caso de delito flagrante, ello según lo manda el artículo 13 de la Constitución, de ahí que una privación de libertad, fuera de estos casos, podría ser considerada como ilegal, y la evidencia que podría derivarse en su sentido probatorio como ilícita, de más está decir que la

de la morada<sup>57</sup>, y de pertenencias y objetos personales, ambos derechos resultaron conculcados en el caso *Week*<sup>58</sup>.

Precisamente, el otro precedente esencial, para la construcción de las reglas de exclusión, fue el paradigmático *Mapp vs. Ohio*<sup>59</sup> cuya vinculación extendió el precedente de las reglas de supresión de evidencias, a la exclusión de las mismas en las Cortes Estatales, cuando la consecución espuria de las pruebas procedieran de conductas policiales estatales<sup>60</sup>.

#### 4. Concepto de la regla de exclusión.

Este tópico, es importante aproximarlos, porque las reglas de exclusión probatorias, pueden tener vinculaciones, con otras formas de control de pruebas, pero debe tenerse prudencia, en el sentido que, no existe una equiparación total, entre el modelo norteamericano y otros modelos del sistema continental, no se niegan las similitudes que pueden encontrarse, pero debe considerarse que los institutos pueden responder a políticas más o menos diferentes.

Sobre la conceptualización genérica que se ha hecho, de las reglas de exclusión de evidencia, y su asimilación a otros prototipos conceptuales, sirve la enunciación que hace Duran Ramírez al indicar: "Se afirmaba anteriormente que los términos *prueba prohibida*, *prueba espuria*, *teoría del entorno jurídico*, *reglas de exclusión*, *teoría del fruto del árbol envenenado*

garantía de no ser arbitrariamente detenido es garantizada también a nivel internacional en los artículos 9.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 7.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

57. En la República de Costa Rica se prevé la inviolabilidad de la morada en el artículo 23 de la Constitución Política. En el caso salvadoreño la garantía estaría respaldada por el artículo 20 de la Constitución que establece la inviolabilidad del domicilio, salvo los casos de restricción que autoriza la misma, y en el derecho internacional de los derechos humanos, dicha garantía está regulada en el art. 11. 2.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; y en el art. 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

58. El resumen del caso es el siguiente: *Weeks* fue arrestado sin orden de juez por agentes federales, los cuales sin tener orden judicial allanaron su casa e incautaron documentos y cartas que fueron posteriormente utilizadas como evidencia incriminatoria resultando condenado *Weeks*. La decisión fue confirmada por un tribunal superior y al recurrirse a la Suprema Corte de Justicia, ésta invalidó el fallo con fundamento en la doctrina de las reglas de exclusión probatoria como mecanismo protector de la Cuarta Enmienda ante la obtención de evidencia violatoria de la misma. Ver en tal sentido la síntesis presentado por ELDER Witt "La Suprema Corte de Justicia y los Derechos Individuales". Traducción de Ana Isabel Stellino. GERNIKA. Primera edición. México D. F. 1995 p 245.

59. BIANCHI Alberto M "Jurisdicción y Procedimientos en la Corte Suprema de los Estados Unidos. Análisis de los mecanismos procesales que hoy emplean la Corte argentina. Editorial Abaco. Buenos Aires. Argentina 1993 p 44

60. Sobre ello y de manera ilustrativa aún en relación a precedentes anteriores como *Wolf v. Colorado* se dice: "Finalmente llegó la hora de la incorporación de la regla de exclusión a los Estados a través de la Decimocuarta Enmienda: *Mapp v. Ohio*. Aquí la Corte Suprema Federal revocó una convicción estatal por posesión material obscena que la policía había incautado mediante registro legal. Se revocó a *Wolf* un tanto forzadamente, pues la parte apelante no solicitó tal revocación y fundó su recurso en aspectos constitucionales de derecho penal sustantivo en la zona de intimidad. Resultó significativo que luego de ser resuelto *Wolf* la mayoría de los Estados habían adoptado la regla de exclusión, bien por acción legislativa o judicial". CHIESA APONTE Ernesto L. *Derecho Procesal Penal de Puerto Rico y los Estados Unidos*. ... Op. cit. p 188.

o venenoso (*fruit of the poisonous tree doctrine*) o teoría del fruto (*fruit doctrine*), doctrina de la supresión (*the supression doctrine*), teoría del acto reflejo de las pruebas ilícitas y otras denominaciones relacionadas, dependen en mayor o menor medida, de la relación que de ellas se haga respecto de su origen o sus efectos" y concluye el citado autor, en este punto, invocando una definición –con cita de Asencio Mellado– del Tribunal Constitucional Español sobre prueba prohibida definiéndola como: "aquella que se obtiene con infracción de derechos fundamentales"<sup>61</sup>.

Por su parte Carrió –un inveterado estudioso de estos tópicos– entiende que las reglas de exclusión probatorias, están referidas, a la no admisibilidad de la prueba de cargo, obtenida con violación de garantías constitucionales<sup>62</sup>. En el mismo sentido, Jauchen ubica a las reglas de exclusión, como aquellas por las cuales "debe ser excluido para su valoración cualquier elemento de prueba que se haya obtenido o incorporado al proceso en violación a una garantía constitucional o de las formas procesales dispuestas para su producción"<sup>63</sup>.

Desde el ámbito del sistema sajón, las reglas de exclusión probatoria son aquellas que permiten al acusado, solicitar a una Corte o Tribunal, que excluya el uso de las pruebas obtenidas, en violación de sus derechos constitucionales, si cree que tal evidencia puede ser utilizada en su contra<sup>64</sup>. Afirma Chiesa, de manera precisa sobre el tópico en comentario que: "En términos generales, una "regla de exclusión de evidencia", bajo el derecho probatorio, se refiere a una norma cuyo efecto es excluir evidencia pertinente. La exclusión puede estar predicada en falta de confiabilidad de la evidencia –escaso valor probatorio– o en consideraciones de interés público (*policy*) ajenas a la búsqueda de la verdad real"<sup>65</sup>.

61. Ver en tal sentido DURÁN RAMÍREZ Juan Antonio "La Prueba Prohibida en el Proceso Penal Salvadoreño". AA. VV en "Ensayos Doctrinarios". Nuevo Código Procesal Penal. ARSJ. UTE. 1° edición. San Salvador. El Salvador. 1998 p 267. Para Gascón prueba ilícita es: "la que se obtiene con vulneración de garantías constitucionales o lesionando derechos constitucionales o a través de medios que la constitución prohíbe. GASCÓN AVELLAN Marina "La Interpretación Constitucional..." Op cit. p 68.

62. Confrontar CARRIO Alejandro D. "Garantías Constitucionales..." Op cit. p 229.

63. Así: JAUCHEN Eduardo M. "La Prueba en Materia Penal". Rubizal-Culzoni. Santa Fe. Argentina. 1992 pp. 34 a 35.

64. ELDER Witt "La Suprema Corte de Justicia y los Derechos..." Op. cit. p 245.

65. CHIESA APONTE Ernesto L. "Derecho Procesal Penal de Puerto Rico y Estados Unidos..." Op cit. p 184.

#### 4.1. Fundamentos de la regla de exclusión.

Las reglas de exclusión, tienen –a mi juicio– un claro fundamento político, consistente en la preservación del Estado Constitucional de Derecho –ello no es predicable en todos los modelos, por lo menos en la interpretación asignada por algunos tribunales constitucionales– que descansa a su vez en la visión central del principio de dignidad humana, de ahí que, su base este centrada en la defensa de las libertades y garantías fundamentales, que emanan directamente de las Cartas Magnas<sup>66</sup>.

Ese sentido de contención y de defensa del orden constitucional, es propio de su versión originaria, en el precedente *Weekens vs Estados Unidos*, según la misma noción que la Suprema Corte establece; las reglas de exclusión se advienen como mecanismos de defensa de las garantías fundamentales, para disuadir la violación de las mismas<sup>67</sup>.

En el contexto del modelo anglosajón, a dichas reglas de exclusión se le predicen los siguientes fundamentos: "1) Disuadir o desalentar a los funcionarios del orden público a que no violen la protección constitucional; esto es lo que se conoce por "deterrence"<sup>68</sup>; 2) integridad judicial: las cortes no deben ser cómplices de la desobediencia a la Constitución, al recibir la evidencia ilegalmente obtenida; 3) impedir que el gobierno se beneficie de sus propios actos ilegales; de otra manera el pueblo pierde confianza en el gobierno"<sup>69</sup>.

En otras latitudes, los fundamentos para excluir la evidencia obtenida ilícitamente, han oscilado hacia diversas fuentes, que podrían inclusive, vincularse a las predichas, así se ha señalado justificaciones éticas del Estado, en el sentido que la autoridad no puede aprovecharse de sus propios actos ilícitos, en virtud de una elemental situación de moralidad y seguridad, así como en el respeto al debido proceso, el cual se vería conculcado, si se admitiese utilizar pruebas obtenidas, en violación a los derechos primarios, que le están reconocido a la persona humana<sup>70</sup>.

66. Un excelente resumen del enfoque político lo presenta Armiño Ver "ARMIÑO SANCHO Gilbert A. LLOBET RODRÍGUEZ Javier RIVERO SÁNCHEZ Juan Marcos "Nuevo Proceso Penal y Constitución..." Op cit. pp. 350 a 351.

67. Cf. CAVALLERO Ricardo Juan "Justicia Criminal". Debates en la Corte Suprema. Segunda edición actualizada. Editorial Universidad. Buenos Aires. Argentina. 1997 p 46.

68. Sobre el particular se ha dicho: "disuadir o desalentar a los funcionarios del orden público a que no violen la protección constitucional; esto es lo que se conoce por "deterrence". CHIESA APONTE Ernesto L. "Derecho Procesal Penal de Puerto Rico..." Op. cit. p 184.

69. Ibid p 184.

70. Ver: CARRIO Alejandro D. "Justicia Criminal". LERNER. Buenos Aires. Argentina. 1988 pp. 77 a 78.

### 5. Las excepciones a la regla de exclusión probatoria.

Como se ha afirmado hasta aquí las reglas de exclusión probatoria se constituyen como un instrumento por las cuales es posible excluir de valoración evidencia pertinente, en razón de que la misma se ha obtenido con violación de garantías constitucionales, en estos casos como se ha sostenido, el uso de las pruebas obtenidas en contra de los derechos constitucionales afecta la validez de dichas normas supremas<sup>71</sup>.

Sin embargo pese a seguir manteniendo la supresión de evidencia obtenida con violación a las garantías constitucionales, a las reglas de exclusión de prueba, se le fueron añadiendo excepciones, es decir interpretaciones de la regla, por las cuales en determinadas circunstancias aunque la evidencia se hubiera obtenido de modo contrario a las garantías, era permisible el uso de dichas pruebas, pues precisamente se exceptuaba su exclusión mediante la figura de la prueba ilícita, y se permitía su utilización en las cortes, digamos que esa es la función esencial de las excepciones a las reglas de exclusión probatoria.

En tal sentido, las excepciones a las reglas de exclusión de prueba, son mecanismos que permiten que la evidencia obtenida en supuestos que usualmente excluirían su valoración, no se excluyan y por ende tal evidencia puede ser legalmente valorada<sup>72</sup>, dichas excepciones integran un conjunto de diversos supuestos valorativos<sup>73</sup>, por los cuales se permite hacer uso de prueba que "normalmente" no sería aceptada en cuanto a su estándar de legalidad, y se ha entendido que las excepciones constituyen limitaciones a la regla de exclusión, en atención a un parámetro de balance entre los efectos disuasivos que se acuerdan a las reglas de exclusión y la búsqueda de la verdad; cuando la ponderación de los efectos

71. Para el caso se dijo: "Las provisiones constitucionales para la seguridad de la persona y la propiedad deben interpretarse liberalmente... Es deber de las cortes el ser vigilantes de los derechos constitucionales de los ciudadanos, y evitar cualquier usurpación furtiva de los mismos. En esta celosa vigilancia por mantener la integridad de los derechos del individuo, la Corte dio vida a la predicción de Madison de que "los tribunales de justicia independientes... naturalmente resistirán cualquier usurpación de los derechos expresamente estipulados en la Constitución por la Declaración de derechos" *Dolree MAPP vs. Ohio* 367 U. S. 647 N° 236 (1961). En *Weeks* sobre la vigencia de las garantías constitucionales se expresó: "la cuarta enmienda dio a las cortes de los Estados Unidos y a los oficiales federales, el ejercicio del poder y autoridad, bajo limitaciones y frenos y ... por siempre aseguró a la gente, a sus personas, a sus casas, documentos y efectos, contra todos los registros y confiscaciones sin razón legal... y el deber de darle fuerza y efecto es obligatorio para quienes se ha confiado la aplicación de las leyes bajo el sistema federal" *Weeks vs Estados Unidos* 232 U.S. 383 (1914).

72. La protección se reduce o excepciona cuando la violación no se encuentra referida a la Cuarta Enmienda, en tales casos es posible no aplicar las reglas de exclusión, exceptuando los supuestos de supresión de la evidencia, a tal grado que hasta normativamente puede no reconocerse la aplicación de reglas de exclusión por todos *California v Greenwood* 108 S. Ct. 1625, 1631 (1988)

73. Sobre las diferentes excepciones que se tienen reconocidas ver CARRIO Alejandro D "Garantías Constitucionales..." Op cit. pp. 232 y ss; HAIRABEDIÁN Maximiliano "Eficacia de la prueba ilícita y sus derivadas en el proceso penal" Op cit. pp. 67 a 89 ARMIJO SANCHO Gilbert LLOBET RODRIGUEZ Javier RIVERO SÁNCHEZ Juan Marcos "Nuevo Proceso Penal y Constitución..." Op cit. p 352; LLOBET RODRIGUEZ Javier "Proceso Penal Comentado..." Op cit p 217; GASCÓN ABELLAN Marina "La Interpretación Constitucional..." Op cit. pp. 77 a 82.

preventivos son menores, se sostiene que la evidencia no debe ser excluida y en tal sentido se aplican los supuestos de excepción<sup>74</sup> Nosotros nos ocuparemos básicamente de la regla de excepción de buena fe.

### 6. El precedente León como excepción de buena fe a las reglas de exclusión de prueba. Descripción del caso.

Un resumen del caso, ilustrará sobre la base fáctica que se tuvo en cuenta, para cimentar la excepción de buena fe a la regla de supresión de evidencia, para garantizar la fidelidad del mismo se transcribirá literalmente la síntesis que del mismo se ha hecho en la sentencia, la cual es la siguiente: "Con base en información proporcionada por un informante confidencial, oficiales del Departamento de la Policía de *Burbank*, California, iniciaron una investigación de tráfico de drogas que involucró una vigilancia de las actividades de los demandados.

Con base en una declaración jurada que resumía las observaciones de los oficiales de policía, el oficial *Rombach* preparó una solicitud de orden para registrar tres residencias y los automóviles de los demandados en busca de una extensa lista de artículos.

La solicitud fue revisada por varios delegados del fiscal de distrito, y una orden de registro fue emitida por un juez de una corte estatal. Los registros resultantes produjeron grandes cantidades de drogas y otras evidencias.

Los demandados fueron culpados de delitos federales de drogas, y ellos presentaron mociones para que se suprimiera la evidencia obtenida como resultado de la orden. Después de una audiencia sobre las evidencias, la Corte de Distrito declaró con lugar las mociones en parte, y concluyó que la declaración jurada era insuficiente para establecer causa probable.

Aunque reconocía que el oficial *Rombach* actuó de buena fe, la corte rechazó la sugerencia del gobierno de que la regla de exclusión no debía aplicarse cuando la evidencia se obtuviera al confiar razonablemente y de buena fe en una orden de registro. La Corte de Apelaciones confirmó la decisión, y rechazó la invitación del gobierno a reconocer la excepción de buena fe a la regla. La petición de elevación del Gobierno, solamente presentó la cuestión de si la excepción de buena fe, a la regla de exclusión

74. Al efecto se ha sostenido: "De ahí que cuando el balance entre el efecto disuasivo y el menoscabo de la búsqueda de la verdad no sea favorable a la aplicación de la regla de exclusión, se establezcan las excepciones de rigor a la aplicación de la regla". CHIESAAPONTE Ernesto L. "Derecho Procesal Penal de Puerto Rico..." Op. cit p 189.

debe ser reconocida. La Suprema Corte de Justicia concedió en su sentencia con lugar la excepción de buena fe a la regla de exclusión de evidencia<sup>75</sup>.

### 6.1. Fundamentos de la excepción de buena fe.

La excepción de buena fe a las reglas de exclusión de evidencia por violación a garantías fundamentales, es más usual de ser considerada en materia de allanamientos y requisas personales, en las cuales por una situación errática se lleva a cabo un procedimiento de obtención de prueba, que vulnera una garantía fundamental, siendo el punto sustantivo a considerar, si en estos casos cuando la autoridad ha procedido de buena fe, debe o no excluirse la evidencia obtenida, cuando la misma ha sido encontrada tras una actividad de investigación que se fundamenta en un erróneo procedimiento, por que se creía que se cumplía con las prescripciones legales.

Se ha sostenido al menos de manera mayoritaria, que la aplicación de las reglas de exclusión procede como un correctivo o disuasorio, de contenido preventivo para que los funcionarios del gobierno se abstengan de realizar conductas ilegales o sumamente temerarias, es decir cuando actúan de mala fe o con sumo descuido, de ahí que, cuando proceden de buena fe, entendiendo que sus actos eran legales, la regla no tendría aplicación aunque posteriormente se demostrará, el error incurrido, y que la actuación era contraria al orden jurídico. De ahí que, la doctrina de la buena fe, consiste en la posibilidad de valorar evidencia obtenida con infracción a principios constitucionales, cuando tal obtención fue realizada sin intención de violar tales garantías y ocurre por error o por ignorancia.

El antecedente más remoto de la regla excepcional de buena fe, aparece de manera latente en los casos *Terry v Ohio*<sup>76</sup> y *Adams v Williams*<sup>77</sup> en los cuales se sostuvo que el encuentro de evidencia diferente, de la que se buscaba y podría encontrar en un registro —para nosotros requisas— de carácter imprevisto no podría ser excluido como prueba, de acuerdo

75. Transcripción literal en castellano de la sentencia Los Estados Unidos contra León. 486 U.S. 897, 82 L. Ed. 2d. 677. Los Estados Unidos. Demandante contra Alberto Antonio León, et al. N° 82-1771 Discutido el 17 de enero de 1984. Resuelto el 5 de junio de 1984 pp. 6 a 7. De aquí en adelante será citado como *United States v León*.

76. En el caso *Terry vs Ohio* 392 U.S (1968) se sentó el precedente de que si la policía había registrado a una persona sobre la base de una sospecha de portación de armas, el hallazgo de otra evidencia era legítimo y no debía ser excluido.

77. En *Adams vs Williams* la policía había sospechado que Adams llevaba un arma consigo, y por ello procedió a su registro personal, pero en lugar de encontrar armas, encontró estupefacientes, que Adams llevaba, de ahí que, el resultado se estimó válido, por cuanto los agentes de policía estaban habilitados de registrar a una persona si se sospechaba que la misma era portadora de armas, con lo cual el hallazgo de la droga se estimó válido bajo la doctrina Terry.

a los parámetros de las reglas de supresión de evidencia. Sin embargo el *leading case* en tratándose de la excepción de buena fe, es el precedente *Leon v United State*<sup>78</sup>, el cual permitió a la Corte Suprema establecer con puntualidad la doctrina excepcional de la buena fe a las reglas de exclusión, cuando los agentes de policía han encontrado evidencia en un procedimiento que posteriormente se determinó que era no acorde a las reglas de procedimiento, pero cuya actuación aconteció de buena fe.

En el caso *Leon*, se discutió la validez de prueba obtenida como consecuencia de una orden de allanamiento no sustentada en una causa probable —como se requiere en el sistema norteamericano— para que la misma fuera concedida, aspecto que se desconocía por los agentes de policía que procedieron con el registro.

En ese caso la Suprema Corte consideró centrándose en el análisis de la Cuarta Enmienda, que ésta no requiere la exclusión de evidencias obtenidas en una actividad policial de acuerdo con un procedimiento legal aparentemente válido, en la que la policía ha actuado de buena fe. De ahí que se sostuvo que la buena fe policial en lo relativo a su actuación, se consideró una excepción a la regla de exclusión probatoria, y a la doctrina de los frutos del árbol envenenado.

El fundamento esencial de la doctrina de la buena fe, es que la reglas de supresión de evidencia, están dispuestas para disuadir a los agentes de policía que vulneran garantías constitucionales de los justiciables procediendo de mala fe, pero cuando la policía actúa de buena fe, bajo la dirección de un tribunal imparcial, el propósito disuasivo de la regla de exclusión probatoria no tenía aplicación, y por tanto la evidencia no debía ser suprimida, con lo cual, los efectos de la reglas de exclusión se vieron limitados a únicamente cuando se razonable obtener el propósito disuasivo de la misma, y esa fue la opinión mayoritaria de la Suprema Corte con redacción del Juez White.

La doctrina *Leon* se confirmó rápidamente en el caso *Massachusetts v Sheppard*<sup>79</sup> en el cual se consideró que no era admisible la exclusión de evidencia obtenida en la práctica de un allanamiento, cuya orden de habilitación tenía el defecto de no describir con toda precisión las cosas que serían objeto del registro, lo cual era ignorado por los agentes de policía que practicaron el procedimiento y se encontraron otros efectos distintos.

El precedente *Leon*, fue objeto de posterior confirmación y

78. *Leon vs United State*. 468 U.S. 897. 104 S. Ct. 3405 1984.

79. 468 U.S. 981 (1984)

El precedente Leon, fue objeto de posterior confirmación y ampliación por la Suprema Corte, bajo la doctrina de la buena fe, en *Illinois v Krull*<sup>80</sup> en el cual, la policía había practicado un allanamiento sin orden legal, amparados en unas disposiciones reglamentarias, que posteriormente fue declarado inválido, en tal caso, se estimó por el Supremo Tribunal, que los agentes había procedido de buena fe, confiados en las potestades reglamentarias, y en tal sentido, al haber mediado buena fe, en su actuación, se estimó que la exclusión de la prueba que se había realizado no estaba acorde a la doctrina del caso Leon.

Otro caso de confirmación de la *good faith exception*, que amplió los ámbitos de su aplicación, a los arrestos ilegales, fue *Arizona v Adams*<sup>81</sup> por cuanto en este se justificó la obtención de evidencia, cuando la policía había procedido a detener a una persona partiendo de un criterio de buena fe, por cuanto se detallaba había procedido a la detención amparada en la comunicación de una orden de arresto, que posteriormente se determinó que era errónea, con lo cual, se excepcionó en alguna medida el precedente de la regla de supresión procedente de la doctrina *Weeks*, que precisamente tenía su fundamento en excluir la evidencia que se obtuviera mediante arrestos ilegales.

En este caso el supremo tribunal, convalidado por excepción de buena fe, el procedimiento por el cual agentes de la policía procedieron a la captura de *Evans* que conducía en sentido contrario, por cuanto por el ordenador del carro policial se les había comunicado que *Evans* tenía orden detención, al ser esposado, a *Evans*, se le cayó un cigarrillo con las características de la marihuana, por lo que se registro su vehículo, encontrándose en el mismo más droga de la misma especie, dicha evidencia fue usada en el juicio, no obstante su pedido de exclusión con fundamento en las reglas de exclusión por provenir de un arresto ilegal, pero la Corte no consideró la aplicación de la reglas de exclusión, sino que entendió que en este caso procedía aplicar la doctrina de la buena fe. En otro caso *United State v Mc Carty* la Corte sostuvo que aún cuando se demostrarse que la orden de allanamiento era irregular, en el sentido de no ajustarse a los parámetros de legalidad, para los efectos de sustentar una orden valida sobre el fundamento de causa probable, la evidencia debería admitirse, siempre que los agentes de policía hubiesen procedido de buena fe.

80. 480 U.S. 340 (1987)

81. *Arizona v Evans* 63.LW U.S. 4179 (1995)

En este caso la policía había entrado a la morada de *Mc Carty* con una orden de allanamiento para secuestrar otros objetos, encontrándose armas con silenciadores, que fueron, objeto de secuestro, se pidió la supresión de la prueba la cual no se concedió, por cuanto los agentes habían procedido de buena fe y además los objetos secuestrados por sus ubicación y características permitían su intervención y secuestro, con lo cual la prueba fue admitida como válida, amparándose en el precedente *United State v Janis* 48 U.S. 1548 (1995).

Otro caso paradigmático ha sido *United State v Thomas* en el cual la policía allanó una casa, sin orden judicial, cuando un perro amaestrado para encontrar droga, olfateó desde el exterior de una casa, hacia su interior, generando señales de que había detectado droga, la Corte indicó que aunque era dable sostener que había una violación a la expectativa de privacidad del residente, la evidencia encontrada —droga— no debía ser excluida en atención a que los agentes habían actuado de buena fe; no obstante el caso es paradójico por cuanto en hechos similares, se había sostenido que en tratándose de actividad de investigación mediante perros policiales, había base suficiente para sostener causa probable para solicitar la expedición de una orden de registro<sup>82</sup>.

## 6.2. Desarrollo y consecuencias del precedente Leon como fundamento de la excepción de buena fe.

Son diferentes las consecuencias que pueden extraerse del caso Leon, muchas de ellas hacen alusión directa al alcance con el cual debe ser considerada la regla de exclusión de evidencia, es decir, cuáles son las implicaciones que deben considerarse cuando se aplica la "*supresion doctrine*"; otras consideraciones atañen directamente a la forma en la cual se aplican los supuestos de excepción a las reglas de exclusión, ergo los parámetros en los cuales se desarrolla las excepciones a efecto de que las mismas guarden el debido equilibrio con las garantías establecidas en las Enmiendas, ello se encuentra referido obviamente a la doctrina norteamericana, y en este apartado se consideran los aspectos más relevantes según las consideraciones de la Corte conforme al precedente invocado.

82. En tal sentido *United State v Novembrino* 105. NJ. 95, 519 A 820 (1987).

Un primer aspecto a destacar, conforme a lo resuelto por el tribunal de mayoría es que la regla de exclusión respecto de la Cuarta Enmienda, no debe aplicarse para prohibir que la Fiscalía utilice evidencia obtenida por la policía, cuando estos actuaron confiando razonablemente —es decir de buena fe— en una orden de registro emitida por un juez natural e independiente, pero que luego se determinó que esa orden era inválida, con lo cual se afirma que la regla de exclusión no es un mecanismo que se aplica a todos los casos<sup>83</sup> para lo cual se citó *Stone v Powell*<sup>84</sup>.

Para entender los límites de la regla de exclusión en el sistema norteamericano, es importante tener claro, cuales son los orígenes y los propósitos de las garantías de la Cuarta Enmienda —según lo entiende la Suprema Corte— se ha dicho que a partir de ésta debe entenderse que la regla de exclusión no es absoluta, es decir que no siempre debe aplicarse, así según se expuso, se ha sostenido que “el uso de los frutos de un registro o confiscación” ilegal anterior” no se entienden como una nueva violación a la Enmienda Cuarta.

Conforme con lo anterior habrá de sostenerse que las reglas de exclusión son una sanción a las violaciones de la Cuarta Enmienda, pero que deben aplicarse a cada caso en particular, bajo la regla de razonabilidad “costo-beneficio” cuando se tenga evidencia confiable y tangible de la fiscalía que podría ser excluida<sup>85</sup>, ello indica que la regla de exclusión se fundamenta respecto de la evidencia en juicio pragmático de costo-beneficio, es decir que tan perjudicial o que tan beneficioso al caso, es aplicar la “*exclusionary rule*”, para ello debe tenerse en cuenta conforme al precedente citado, que la finalidad de la regla de exclusión es evitar violaciones deliberadas y por ende se excluye la aplicación de la misma, cuando se obra de buena fe —en cuyo caso se aplica la excepción mencionada— pero

83. Al efecto se dijo: “y la cuarta Enmienda nunca se ha interpretado en el sentido de prohibir el uso de evidencia incautada ilegalmente, en todas las causas o en contra de todas las personas (...) La Cuarta Enmienda no contiene provisiones que expresamente excluyan el uso de evidencia obtenida en violación de sus mandatos, y un examen de su origen y propósitos evidencia que el uso de los frutos de un registro o confiscación ilegal anterior no constituya una nueva violación a la Cuarta Enmienda” *Leon v United State*, 468 U.S. 897, 104 S. Ct. 3405 1984, 84. Ver *Stone v Powell* U.S. 423, 465 (1976).

85. Ello determina que, aunque el origen de la regla de exclusión es ser un remedio para salvaguardar los derechos tutelados por la Cuarta Enmienda, se señala que la aplicación de la regla no debe ser indiscriminada, no debe obstaculizarse la búsqueda de la verdad, y su efecto es básicamente preventivo. A esos efectos se dijo: “Nuestras decisiones aclaran que decidir si la sanción exclusionaria es apropiadamente impuesta en un caso particular, es un asunto separado de la cuestión de si los derechos de la Cuarta Enmienda de la parte que invoca la regla fueron violados por la conducta policial (...) Sólo consideramos la primera cuestión, y esta debe resolverse sopesando los costos y beneficios de evitar que la fiscalía bajo el amparo de una orden de registro emitida por un juez neutral e independiente y que al final se consideró defectuosa”. *Leon v United State*, 468 U.S. 897, 104 S. Ct. 3405 1984.

no cuando se actuó de mala fe<sup>86</sup>.

Del contexto anterior se pone en evidencia el verdadero sentido de la regla de exclusión en el sistema anglófono, la regla ha sido estructurada para prevenir la mala conducta de los agentes de policía, pero no se encuentra dirigida a disuadir a los miembros del poder judicial<sup>87</sup>, el carácter preventivo de la regla de exclusión, como instrumento de disuasorio queda claramente definido<sup>88</sup>, y ello es lo que le asigna fines estrictamente instrumentales, típicos del saber anglosajón.

### 6.3. El tratamiento de la regla de exclusión en el sistema de los Estados Unidos de América.

En el sistema judicial norteamericano la regla de exclusión de evidencia ha mantenido un tratamiento bastante uniforme, por una parte, una aplicación general como mecanismo por el cual se suprime aquella evidencia que ha sido obtenida violando la garantía de la Cuarta Enmienda, y por otro, un sistema de excepciones a la exclusión de pruebas, conforme a los supuestos restrictivos de aplicación, según la interpretación que de dichas reglas ha ido formulando la Suprema Corte de los Estados Unidos de América.

86. Señalando ese aspecto excepcional “Particularmente cuando los oficiales de la ley actuaron objetivamente de buena fe o sus transgresiones han sido menores, la magnitud del beneficio concedido al culpable ofende los principios básicos del sistema judicial criminal (...) debe prestarse mucha atención a los objetivos remediales caracterizados en nuestras decisiones recientes, con respecto al alcance de la regla de exclusión de la Cuarta Enmienda. La Corte no ha cuestionado el que en ausencia de una sanción más eficaz, la aplicación continua de la regla para suprimir evidencia durante el proceso de un caso donde la violación de la Cuarta Enmienda, haya sido sustancial y deliberada...” *Leon v United State*, 468 U.S. 897, 104 S. Ct. 3405 1984. De lo anterior es posible sostener que la regla de exclusión debe aplicarse cuando exista una violación sustancial y deliberada de la 4ª Enmienda, pero que la regla en sí misma no es inflexible, y por lo tanto permite el ingreso de evidencia obtenida por la policía cuando confiaron razonablemente en una orden de registro emitida por un juez.

87. En esta forma de considerar la aplicación de la regla, no puede obviarse en el contexto del precedente *Leon*, que la aplicación de la misma busca prevenir malos procedimientos policiales, y por ello puede incentivar una buena conducta policial, pero en el sistema norteamericano según la interpretación de la Suprema Corte, la regla no fue pensada para trascender en su aplicación al poder judicial, así no puede esperarse ordinariamente que un policía cuestione la orden de un juez, sobre si concurre o no los presupuestos que habilitan la legitimidad de la orden. A tal efecto se sostuvo: “Contrariamente a los señalamientos de los demandados, nada en el caso *Johnson* excluye la adopción de una excepción de buena fe ajustada a las situaciones en que la policía haya confiado razonablemente, una orden emitida por un juez neutral e independiente, pero que luego se consideró inválida (...) Hasta ahora no hemos reconocido una excepción de buena fe a la regla de exclusión de la Cuarta Enmienda. Pero el enfoque conciliador que se ha desarrollado durante años de experiencia con la regla, brinda fuerte apoyo a la modificación que nos urge. Como lo discutimos anteriormente, los costos y beneficios de suprimir evidencia física confiable, confiscada por oficiales que observaban razonablemente una orden emitida por un juez neutral e independiente, nos lleva a la conclusión de tal evidencia debe ser admisible para la fiscalía” *Leon v United State*, 468 U.S. 897, 104 S. Ct. 3405 1984.

88. Resaltando esta carácter preventivo y disuasorio que no se aplica a quien actúa de buena fe, aunque crítico de tal argumentación *CARRIO Alejandro D “Garantías Constitucionales...”* Op cit pp 253 a 254; también *HAIRABÉDIAN Maximiliano “Eficacia de la prueba ilícita”* Op cit, pp. 48 a 48 y 79 a 81. Con énfasis en la incompatibilidad de esa doctrina respecto de la tutela de los derechos fundamentales Ver. *GASCON APELLAN Marina “Los Hechos en el Derecho”*. Bases argumentales de la prueba...” Op cit, p 133.

En ese contexto es fundamental indicar que la regla de exclusión, ha sido interpretada como una forma de garantizar los derechos de la Cuarta y Quinta Enmienda<sup>89</sup>; sin embargo se ha aclarado que una interpretación en el sentido que toda infracción a la Cuarta Enmienda, hace operar automáticamente la regla de exclusión no es correcto y solo es aparente<sup>90</sup>; así con cita de *Stone v Powell* se ha indicado que la regla de exclusión no es absoluta: "Nunca se ha interpretado en el sentido de prohibir el uso de evidencia incautada ilegalmente en todas las causas o contra todas la personas"<sup>91</sup>.

La interpretación sobre la "exclusionary rule" indican que la eficacia de la regla como mecanismos de supresión de la prueba ilícita, no es expresa sino una regla de carácter interpretativo, en razón de ello se dijo: "La cuarta Enmienda no contiene previsiones que expresamente excluyan el uso de evidencia obtenida en violación de sus mandatos"<sup>92</sup>. Por ello mismo se ha sostenido que la regla de exclusión como integrante de la Cuarta Enmienda, es un remedio preventivo no un derecho constitucional del sujeto<sup>93</sup>, por tanto la regla de exclusión no constituye —en el sistema norteamericano— un derecho constitucional de la parte afectada por la violación al mismo<sup>94</sup>.

Como la aplicación de la regla de exclusión no es absoluta, ella misma no ha de ser entendida de manera automática e implica en el sistema norteamericano, que la decisión de si se da una exclusión de prueba, no es una cuestión necesaria a si se violaron los derechos de la parte que invoca la aplicación de la regla, sino que se debe proceder a excluirse la evidencia, sopesando los costos y beneficios de evitar que la fiscalía utilice evidencia confiable y tangible obtenida por orden de juez que al final se consideró defectuosa; de ahí que es importante recalcar que la autonomía de la regla de exclusión respecto de los derechos violados, lleva a examinar si para los fines preventivos procede aplicar al caso concreto la regla de exclusión bajo un juicio de costo-beneficio, tal como

89. Así en *Mapp v Ohio* 367 U.S. (1961); *Olmsted v United States* 277 U.S. (1928); *Agnello v United States* 269 (1928).

90. Así en *Anderson v Maryland* 247, 463 (1976).

91. *Stone v Powell* 428 U.S. 465 (1976).

92. *United States v Calandra* 414 U.S. 338 (1974).

93. En los modelos continentales la función de las exclusiones probatorias tienen un carácter de garantía constitucional ver. GASCÓN AVELLAN Marina "La Interpretación Constitucional..." Op. cit. p 71.

94. *Stone v Powell* 428 U.S. 465 (1976). *United States v. Calandra* 414 U.S. 338 (1974). En este último precedente se dijo: "Por tanto la regla opera como un remedio creado judicialmente que ha sido diseñado para salvaguardar los derechos de la Cuarta Enmienda generalmente mediante un efecto preventivo, no es un derecho constitucional de la parte afectada".

es propio de la tradición anglosajona<sup>95</sup>.

Debe ciertamente considerarse que en el pragmatismo norteamericano están presente siempre los costos que deben asumirse por aplicar una solución determinada a una situación problemática, de ello no es ajeno la aplicación de las reglas de exclusión probatoria, por ello mismo en que un sistema como el de *common law* que se funda en un modelo *freedom of proff* es razonable que la aplicación de la regla no sea absoluta, y deba decidirse caso por caso, sopesando la relación costo-beneficio, por ello el énfasis de que no constituye un mecanismo inflexible en su aplicación, y así se ha dicho: "nuestros casos han reconocido consistentemente que la aplicación estricta de la sanción de exclusión por conservar el ideal de la rectitud del gobierno entrañarían de modo irreparable la función de la búsqueda de la verdad de los jueces y el jurado"<sup>96</sup>.

En el contexto anterior es que se justifica la excepción a la "*fruit doctrine*" porque la misma no siendo entendida como un derecho constitucional, no debe aplicarse indiscriminadamente y tiene precisamente excepciones, por ello cuando la policía ha actuado objetivamente de buena fe o cuando opera el principio de atenuación escasa, por la cual la transgresión es insignificante<sup>97</sup>, se entiende que no opera excluir evidencia sustantiva para esclarecer los hechos acusados, en tal sentido se ha sostenido: "Particularmente cuando los oficiales de la ley actuaron objetivamente de buen fe o sus transgresiones han sido menores la magnitud del beneficio concedido al culpable ofende los principios básicos del sistema judicial criminal<sup>98</sup>" o "como cualquier otro mecanismo remedial la aplicación de la regla debe restringirse a aquellas áreas donde se consideren que sus objetivos son más eficazmente atendidos"<sup>99</sup>.

La visión de que la regla es un instrumento meramente remedial en el sistema norteamericano, y que esos efectos preventivos son los que caracterizan a la misma, es un aspecto que debe ser considerado, por ello

95. Sobre ello *Illinois v Gates* 426 U.S. 213 (1983).

96. Ver *United States v Payner* 447 U.S. 727 (1980) Las investigaciones sobre el impacto generado por las reglas de exclusión han concluido que los costos negativos para la administración de justicia son insustanciales, empero se ha dicho que cualquier regla de evidencia que niegue al jurado acceso a evidencia confiable y claramente probatoria debe cargar con el peso de la justificación y delimitarse cuidadosamente.

97. En este caso es indudable que se ha aplicado la doctrina del *attenuated connection principle* o *purge taint* la cual se sustentó en el caso *Wong Sun v. United States* 371 U.S. 471 (1963); doctrina que en los sistemas continentales se ha desarrollado bajo el criterio del nexo causal atenuado.

98. *Leon v United States*. 468 U.S. 897 (1984).

99. *Stone v Powell* 428 U.S. 465 (1976). *United States v Calandra* 414 U.S. 338 (1974). *United States v Janis* 428 U.S. 433 (1976).

se ha indicado, que cuando la violación es deliberada y sustancial la regla se aplica, así se dijo: "en ausencia de una sanción más eficaz, la aplicación continua de la regla para suprimir evidencia durante el proceso de un caso donde la violación de la Cuarta Enmienda haya sido sustancial y deliberada"<sup>100</sup>; así cuando concurren violaciones sustantivas, debe excluirse la prueba, salvo que la prueba merezca ser aplicada con flexibilidad porque no se ha actuado con intención deliberada de violar la regla, en tal sentido debe indicarse, que una aproximación al criterio de buena fe indica que esta excepción consiste en que los agentes de policía han realizado su función pensando que han seguido correctamente el procedimiento de la Cuarta Enmienda, por ello cuando se ha procedido de buena fe, la regla de exclusión debe ser flexible<sup>101</sup>.

Conforme a lo dicho —y en el sistema anglófono— la invocación de la regla de exclusión es aplicable para aquellos casos en los cuales haya mala conducta policial respecto de un allanamiento ilegal y la fiscalía pretenda utilizar la evidencia obtenida ilícitamente en dicho registro<sup>102</sup>; ahora bien, ello tiene algunos matices en materia de derecho probatorio en el sistema del *common law* por que si bien es cierto, que la regla suprime evidencia obtenida en violación de garantías constitucionales y la vuelve inadmisibles para ser utilizada como prueba incriminatoria contra el acusado, dicha evidencia si puede ser utilizada para impugnar el testimonio directo del acusado, cuando este ejerce el derecho de declarar<sup>103</sup>.

También se ha indicado que la función de la regla sobre la base de la ponderación de costo-beneficio, permite una aplicación atenuada de la misma, aunque el acto haya tenido vicios de ilegalidad<sup>104</sup>; esta regla de

100. *Franks v Delaware* 438 U.S. 154 (1978).

101. Así en el modelo anglosajón, se ha entendido que la regla que suprime evidencia debe aplicarse cuando su contenido disuasivo permita superar los costos sociales sustanciales, sino su aplicación no produzca una prevención aplicable, y en tal sentido el uso de la regla se ha calificado como injustificado, en suma cuando los efectos preventivos son insuficientes no se justifica aplicar la doctrina de la supresión así: *United State v Calandra* 414 U.S. 338 (1974). *United State v Janis* 428 U.S. 433 (1976).

102. Sobre ese aspecto *Rakas v Illinois* 439 U.S. 128 (1978); *Brown v United State* 411 U.S. 223 (1973); *Wong Sun v United State* 371 U.S.471 (1963); *United State v Payner* 447 U.S. 727 (1980).

103. Sobre el alcance de uso de la prueba que inicialmente se entendería excluida ver: *Walder v United State* 347 U.S. 62 (1954); *Oregon v Hass* 420 U.S. 714 (1975); *Harris v New York* 401 U.S. 222 (1971); con mayor énfasis aplicando la doctrina del "adelanto incremental" *United State v Havens* 446 U.S. 620 (1980) y en *Leon v United State*. 468 U.S. 897 (1984) expresamente se sostuvo: "una determinación similar del "adelanto incremental" de los fines de la regla de exclusión, nos permitió concluir en el caso los Estados Unidos contra Havens 446 U.S. 620, 627, 100 S Ct. 1912,1916 64 L. Ed. 2d 559 (1980) que la evidencia inadmisibles en el caso de la fiscalía puede ser utilizada para impugnar las declaraciones hechas por el demandado en respuesta a un apropiado "examen cruzado razonablemente sugerido por el examen directo del demandado".

104. En tal sentido *Dunaway v New York* 422 U.S. 200 (1979) *United State v Ceccolini* 435 U.S. 258 (1978) haciendo énfasis en la doctrina del *purged* establecida en *Wong Sun*

atenuación como excepción a la "*exclusionary rule*" se funda en la doctrina de la "disipación del vicio" por la cual se decide si la exclusión de la prueba es idónea para cada caso en particular sobre ello se expresó: "trata de marcar el punto en que las consecuencias perjudiciales de la acción policial ilegal se han atenuado tanto que el efecto preventivo de la regla de exclusión, no justifica su costo"<sup>105</sup>.

De lo anterior puede indicarse que los parámetros de valoración para decidir cuándo se aplica la excepción a la regla de exclusión, pasaría por un examen de la doctrina de la disipación del vicio en el sentido de: (a) medir si mantienen los efectos preventivos de la regla de exclusión respecto del obrar de mala fe policial en la adquisición de evidencia; (b) medir según el caso concreto los efectos atenuatorios del mal procedimiento policial; (c) medir la relación costo-beneficio de los efectos preventivos respecto de los efectos atenuatorios; (d) considerar la importancia de la mala actuación policial para calcular los efectos preventivos o atenuantes, es decir que tan grave fue la afectación respecto de la garantía, y si merece en razón de esa gravedad la exclusión de la evidencia obtenida. De lo anterior debe indicarse que la cercanía al vicio y la intensidad de la afectación a la garantía de la Cuarta Enmienda, es un elemento valioso de medición para decidir si se aplica o no la regla de exclusión, ello recuerda un poco la valoración que se hizo en *Miranda v Arizona* teniendo presente el derecho a guardar silencio, es por ello que con fundamento en *Dunaway v New York* se expuso: "La conexión causal entre la ilegalidad y la confesión refleja las dos políticas que sustentan el uso de la regla de exclusión para respaldar la Cuarta Enmienda. Cuando exista una conexión causal cercana entre la confiscación ilegal y la confesión, no sólo la exclusión de la evidencia tendrá un efecto preventivo en conductas policiales similares en el futuro, sino que el uso de la evidencia es más probable que comprometa la integridad de las cortes".

Una última particularidad, es informar la decisión de la Suprema Corte al aplicar los efectos de la regla de exclusión, en el sentido de no extenderla retroactivamente a casos ya fallados o a vincularlos a estatutos legales que aunque pueden ser cuestionados por su inconstitucionalidad, la misma todavía no ha sido declarada respecto de ellos<sup>106</sup>, con lo cual

105. *Dunaway v New York* 422 U.S. 200 (1979).

106. Así *Michigan v De Filipo* 443 U.S. 31 (1979).

se impide la aplicación retroactiva a otras leyes, salvo que medie una violación palmaria o cuando dichas normativas autoricen registros o confiscaciones sin causa probable, o que contemplen actos de esa naturaleza sin orden judicial, en cuyo caso la regla de exclusión tiene aplicación<sup>107</sup>, aún de manera retroactiva si los efectos disuasorios respecto de la policía se mantienen<sup>108</sup>, empero esta línea de precedente fue modificada sensiblemente a partir de *Illinois v Krull*<sup>109</sup>.

A partir de este panorama que se ha tratado de reseñar, la Suprema Corte de los Estados Unidos de América, asume la decisión de aplicar la excepción de buena fe a la regla de exclusión, para ello —como ya lo dijimos— parte de las ideas fundamentales de que la regla de exclusión de evidencia no son un fin en sí mismas, que no tienen como finalidad excluir toda la evidencia producto de un mal procedimiento policial, y que efectivamente el carácter de las reglas es ser un mecanismo preventivo, y disuasorio que elimine la actuación de mala fe de la policía al obtener de manera ilegal evidencia.

Hasta aquí, un resumen de los precedentes orientadores que cimientan la excepción de buena fe que se adoptó en el caso *Leon* determinaría las siguientes cuestiones: a) La regla de exclusión no es absoluta para todos los casos (*Stone v Powell*); b) la regla de exclusión tiene efectos preventivos (*Calandra v United State*); c) la regla de exclusión puede ser atenuada por la doctrina de la disipación del vicio (*Brow v Illionis; Jenis v United State*); d) la regla de exclusión opera contra actos de mala fe policial en obtención de evidencia (*Brown v United State; Wong sun v United State; Payner v United State*); e) los frutos son ilegales y se aplica la regla cuando se vinculan a testimonios (*Walder v United State; Oregon v Hass; Harris v New York; Haven v United State*); f) la regla de exclusión no aplica a estatutos posteriormente declarados inconstitucionales, siempre que no se base en falta de orden o de causa probable (*Michigan v De Filippo*

107. Sobre ello *Ibarra v Illionis* 444 U.S. 85 (1979); *Torres v Puerto Rico* 442 U.S. 465 (1979); *Almolda Sánchez v United State* 413 U.S. 266 (1973); *Sibron v New York* 329 U.S. 40 (1968); *Berger v New York* 388 U.S. 41 (1967).

108. Así *Stovall v Denno* 388 U.S. 293 (1967) en el cual se dijo: "Nuestras decisiones retroactivas han replegado en la mayoría de los casos, nuestras determinaciones de: (a) el propósito a que servirán los nuevos estándares; (b) la extensión de la confianza de las autoridades de la ley en los viejos estándares y; (c) el efecto de una aplicación retroactiva de los nuevos estándares sobre la administración de justicia".

109. 480 U.S. 340 (1987) Uno de los aspectos medulares de dicha sentencia es que permite extender los efectos de las actuaciones de buena fe a los casos en los cuales los agentes de policía realizaron registros con fundamento en leyes posteriormente declaradas inconstitucionales.

*Illionis v Krull*).

#### 6.4. La aplicación de la excepción de buena fe desde el caso Leon.

Las consideraciones que se han venido formulando, determinan el origen de la doctrina de la excepción de buena fe a la regla de exclusión, la cual se asienta y reconoce de esa forma en el caso Leon, en el marco de la práctica del derecho angloamericano, la aplicación de esta excepción encuentra su fundamento en la razonabilidad de la decisión, pero en atención al examen costo-beneficio respecto de suprimir de las Cortes, evidencia confiable cuando la policía no ha procedido de mala fe, observando razonablemente la orden de un juez neutral e independiente aunque posteriormente la orden se declare nula.

Un aspecto de vital importancia a considerar en la relación entre "exclusionary rule" y la excepción de buena fe, es la cuestión de que necesariamente debe mediar una orden judicial para la restricción de la garantía que prevé la Cuarta Enmienda, de ahí se deriva una opción preferente de tutela judicial de las libertades, la cual no puede quedar al arbitrio de la policía, y ello se magnifica con aseveración de que es preferible una orden judicial aunque sea cuestionada que un registro sin orden judicial. Lo anterior se pone en evidencia cuando el supremo tribunal indica: "dado que una orden de registro proporciona un escrutinio independiente de un juez natural, y constituye una salvaguarda más confiable en contra de los registros inapropiados que el juicio apresurado de un oficial de la ley involucrado en el a menudo competitivo objetivo de indagar crímenes, hemos expresado una profunda preferencia por las ordenes y hemos declarado que en un caso dudoso o marginal el registro efectuado con una orden puede ser sustentable en situaciones en que un registro sin ella no podría sustentarse"<sup>110</sup>.

La dimensión de la excepción de buena fe, radica en que por un lado trata de mantener el alcance de la regla de exclusión, para aquellos casos de una mala actuación policial, es decir de actos deliberados por los cuales conscientemente se viola la ley para obtener ilegalmente evidencia, en otras palabras, actuaciones de mala fe; al contrario la excepción se aplica —y por ende no se emplea la doctrina de la supresión— cuando los agentes han procedido de buena fe a ocupar evidencia, en el

110. *Leon v United State*. 468 U.S. 897. (1984). La decisión tiene como apoyo a la forma de interpretar la garantía en *Chadwick v United State* 433 U.S. 1 (1977); *Jhanson v United State* 333 U.S. 10 (1948); *United State v Venitrasca* 380 U.S. 102 (1965).

entendido que su actuación era legal, pero la cual *ex post* se determina que es inválida, por causas no atribuibles a los oficiales de la ley; sin embargo, ha de tenerse en cuenta que la aplicación anterior de la regla y su excepción, se encuentra condicionada a determinados aspectos fundamentales, que se han ido consolidando a través de los precedentes, culminando con el fallo *Leon*, los cuales pueden determinar que el tratamiento de un caso sea diferente al estándar general, esas cuestiones se desarrollan a continuación.

1) Se ha entendido en la práctica del derecho criminal norteamericano, que la potestad de los jueces para ordenar registros no son arbitrarias o como se indica por la Corte "ilimitadas", de ahí que aunque la orden emane del juez ello no excluye la posibilidad de investigar la veracidad de la información que determinó al juez ordenar una orden de registro<sup>111</sup>; precisamente a partir de la función de tutela que deben dispensar los tribunales respecto de las libertades de los gobernados, se exige que actúen con prudencia, ello se afirma de la manera siguiente: "Las cortes deben insistir en que los jueces se esfuercen por cumplir su función independiente y neutral y no servir simplemente como un sello de policía... Un juez que omita manifestar dicha neutralidad e independencia, requerida de un oficial judicial, cuando se le presenta una solicitud de orden y quien actúa como ayudante de los oficiales de la ley no pueden proporcionar una autorización válida de registro<sup>112</sup>.

(2) Otro aspecto importante es la necesidad de la objetividad de la información, la cual debe ser examinada concienzudamente por el juez, con ello se indica que la buena fe debe partir de sustentos objetivos, no de la buena fe subjetiva del policía, así se expresó en *Leon*: "Las cortes de revisión no deben aprobar una orden basada en una declaración jurada que no proporcione al juez una base sustancial para determinar la existencia de una causa probable. Debe presentarse suficiente información al juez para permitirle determinar la causa probable, su acción no debe ser la mera ratificación de las conclusiones de otros"<sup>113</sup>.

(3) Un aspecto importante en la aplicación de la excepción de buena fe, es la exigencia de control que se requiere para su aplicación, es por ello que la Suprema Corte, ilustra este aspecto, deslindando entre

111. Así *Franks v Delaware* 438 U.S. 154 (1978).

112. *Leon v United State*, 468 U.S. 897. (1984). La decisión tiene como fundamento *Aguilar v Texas*; *Illinois v Gates*; agregando el precedente *Lo-Ji Sales v New York* 442 U.S. 319 (1979).

113. *Leon v United State*, 468 U.S. 897. (1984). Se citó como apoyo *Aguilar v Texas*; *Giordonello v United State* 357 U.S. 480 (1958); *Mathanson v United State* 290 U.S. 41. (1933). En la usanza forense de los Estados Unidos de América causa probable puede entenderse como: aquella condición que se determina para tener por legítima una imputación, teniendo el juez suficiente información objetiva que le permita fijar un hecho criminal.

la objetividad de las fuentes probatorias y la interdicción de la subjetividad policial, es decir se trata de una ponderación que solo avala hechos, y no admite especulaciones, es decir la buena fe, parte de sustentos objetivos, no de la buena fe subjetiva del policía, se deriva de la comprobación de actos de un tercero, no bastan las creencias de los agentes de policía<sup>114</sup>.

(4) Se establece un carácter no absoluto de la excepción de buena fe, es decir que cuando proceda buena fe de los agentes de policía y un mal procedimiento del juez para la determinación de la orden, la buena fe, tampoco opera de manera automática, en tal sentido cuando la afectación de la garantía proviene de una orden de juez, si tal orden es insuficiente, la misma puede ser anulada y la evidencia excluida<sup>115</sup>, pero debe tenerse en cuenta, que el criterio de la supresión de evidencia mediante la regla de exclusión, obedece a un mecanismo disuasorio de la mala fe policial, y se señala enfáticamente que este remedio, no opera —en el sistema norteamericano— para prevenir la mala actuación de los jueces, en tal sentido no siempre que la orden del juez sea defectuosa procederá la exclusión, sólo cuando a la base de la misma tenga incidencia la actividad policial, es decir, cuando la investigación sobre la veracidad de la declaración jurada sobre la cual el juez basó la determinación de permitir el registro, se encuentre afectada, con lo cual se mantiene siempre el fundamento de que la regla de exclusión disuade la mala actuación policial<sup>116</sup>.

114. Se ha citado en tal caso *Beck v Ohio* 379 U.S. 89 (1964) "el expediente no contiene un solo hecho objetivo para ayudar a la creencia de los oficiales de que el demandante estuviera involucrado en actividades criminales, al momento del arresto... La buena fe por parte de los oficiales no es suficiente. *Henry contra los Estados Unidos* 361 U.S. 98, 102, 80 S.Ct. 168, 171 4 L.Ed.2d. 134. Si la buena fe subjetiva fuera la prueba, las protecciones de la Cuarta Enmienda se evaporarían, y la gente debería confiar sus personas, hogares, documentos, y efectos a la discreción de la policía". Id en pág. 97, 85 S.Ct. en pág. 288".

115. Se dijo sobre el punto: "Aún si la solicitud de orden estuviera apoyada por algo más que una declaración jurada "escasa" una corte de revisión podría concluir, que, a pesar del respeto que merece el juez, la orden es inválida por que la determinación del juez sobre la causa probable refleja un análisis inapropiado de la totalidad de las circunstancias *Illinois contra Gates* citado anteriormente 462 U.S. en págs. 238-239 103 S. Ct. En págs. 2332-2333 o por que la forma de la orden era inapropiada en algún aspecto". *Leon v United State*, 468 U.S. 897. (1984).

116. La Suprema Corte lo dijo de la siguiente manera: "Sólo en la primera de estas tres situaciones, sin embargo, la Corte ha establecido un razonamiento para suprimir la evidencia obtenida en ejecución de una orden de registro; en las otras áreas, simplemente se ha excluido la evidencia sin considerar la protección de los intereses de la Cuarta Enmienda. En el tanto los proponentes de la supresión se basan en su efecto conductual sobre los jueces, tal conclusión es incorrecta. Primero la regla de exclusión se ha diseñado para prevenir la mala conducta policial en vez de castigar los errores de los jueces. Segundo no existe evidencia que sugiera que los jueces están inclinados a ignorar o subvertir la Cuarta Enmienda, o que la ilegalidad de estos actores requiera la aplicación de la extrema sanción de la exclusión". *Leon v United State*, 468 U.S. 897. (1984). Concurra un aspecto complementario que debe ser comentado, en el modelo norteamericano ciertamente la *exclusionary rule* está diseñada para prevenir la mala fe policial, pero no está dirigida a los jueces, y se señala que esa prevención no puede extenderse cuando el policía ha actuado de buena fe, y el error compete al juez, en tal caso, la regla de exclusión no opera, porque ella no pretende disuadir a los jueces sino a los policías. Se han citado como fundamentos previos a *Leon*, los siguientes: *Commonwealth v Sheppard* 387 Mass. 488 (1982); *United State v Karalhanos* 428 U.S. 910 (1976), aunque como el mismo precedente *Leon* lo reconozca, doctrinariamente se ha criticado esta posición, por cuanto se sostiene una aplicación demasiado estrecha de la regla, que no tutela los

(5) Otro punto importante que determina el precedente Leon, es la indicación de que la regla de exclusión, sólo puede ser aplicada caso por caso, no de manera genérica, y que cuando se procede a su aplicación, debe ponderarse si la exclusión de la evidencia cumplirá los efectos disuasorios prevenidos para la regla; ahora bien, se señala que el criterio de buena fe debe considerarse en la ejecución de la orden expedida, de ahí que, aunque la orden sea defectuosa, si los agentes del policía, ejecutaron apropiadamente la orden no puede excluirse la evidencia, en tal sentido la excepción de buena fe, se traslada también a la ejecución de la orden, si la policía, realizó su actividad dentro del ámbito de ejecución de la misma, ha procedido de buena fe, aunque la autorización técnicamente sea defectuosa<sup>117</sup>.

(6) El aspecto central de la regla de excepción en comento, es que el oficial de policía, haya procedido en su labor de investigación de buena fe, en el sentido de cumplir con los mandatos de la Cuarta Enmienda y de la ley, si así se procede por los agentes del gobierno no es posible excluir la evidencia; de ahí que, cuando el policía ha procedido objetivamente y de manera razonable en cuanto al cumplimiento de la ley y ejecutando una orden legal, ha sostenida la Suprema Corte, que no hay nada que disuadir en su conducta y exclusión pierde su finalidad preventiva—de ahí la esencia de la excepción de buena fe— y por ello en Leon se ha sostenido: "Pero aún si se asume que la regla previene efectivamente alguna mala conducta policial y promueve incentivos para que la profesión policial como un todo se ajuste a la Cuarta Enmienda, no se puede esperar, y no se debe aplicar, para prevenir actividad policial objetivamente razonable"<sup>118</sup>. Lo anterior permite afirmar que solo la conducta maliciosa o decididamente descuidada del agente genera el efecto excluyente en la prueba obtenida, pero no cuando se procede de manera razonable, es decir que la "supresión doctrine" aplica en conducta violatorias voluntarias o intencionadas—*strit*

perjuicios que causa la mala actuación del juez, se cita sobre ello: "Mertens & Wasserstrom, 'La excepción de buena fe a la regla de exclusión: desregulando la policía y descarrilando la ley', 70 Geo.L.J. 365, 399-401 (1981). Citado en *Leon v United State*, 468 U.S. 897, (1984).

117. A esos efectos se sostuvo en Leon: "... y concluimos que la supresión de evidencia obtenida en ejecución de una orden, sólo debe aplicarse en un estudio caso por caso, y sólo en aquellos casos inusuales en que la exclusión cumple los propósitos de la regla de exclusión (...). Nuestra discusión del efecto previsor de excluir evidencia obtenida en ejecución razonable de una orden que subsecuentemente se invalidó, asume, por supuesto, que los oficiales ejecutaron apropiadamente la orden y registraron solamente aquellos sitios y cosas que razonablemente se consideran incluidos en la orden. Cf. *Massachusetts contra Sheppard*, 468 U.S. en págs. 981, 989 n. 6, 104 S.Ct. En págs. 3424, 3429 n. 6 82 L.Ed. 2d 737".

118. *Leon v United State*, 468 U.S. 897, (1984).

*livity*— o al menos con temeridad manifiesta<sup>119</sup>.

(7) En la doctrina de la Suprema Corte, se mantiene intacta la idea de que los costos de la exclusión de prueba debe asumirse para policías que actúan de mala fe, pero en aquellos casos en los cuales el oficial ha actuado de buena fe mediante orden legal, resulta excesivo excluir la evidencia obtenida, así se declara específicamente en Leon, cuando se sostiene: "En resumen, cuando la conducta del oficial es objetivamente razonable, excluir la evidencia no promueve los fines de la regla de exclusión de un modo apreciable; es dolorosamente aparente que... el oficial actuó como cualquier oficial razonable habría actuado en similares circunstancias. Excluir la evidencia no puede afectar de ningún modo la conducta futura, a menos que lo haga menos deseoso de cumplir con su deber"<sup>120</sup>.

Por ende lo fundamental en este caso, es la actuación de buena fe del policía, si procediendo de esa manera, obtiene una orden de registro que resultó posteriormente defectuosa, no existe ilegalidad policial—para el sistema norteamericano— y por ende si no concurre mala fe, no existe nada que prevenir mediante la aplicación de la regla.

(8) Otro aspecto importante a considerar, es la separación de funciones que se determinan para el poder judicial y para la actividad de la policía, respecto a la búsqueda de la verdad y a la obtención de evidencia. Así, es responsabilidad del juez, determinar si los proveídos del oficial de policía establecen causa probable y si en ese caso, es esencial emitir una orden que cumpla con los requisitos de las garantías que asegura la Cuarta Enmienda; por ello se ha señalado: "En el caso relevante, no se puede esperar que un oficial cuestione la determinación del juez sobre la causa probable, o su juicio de que la orden es técnicamente suficiente. Una vez que se ha emitido la orden, no hay nada que el oficial pueda hacer para lograr que se ajuste a la ley. Id. 428 U.S. en pág. 498, 96 S.Ct. en pág. 3054 (BURGER J., concurrente). Castigar al oficial por el error del juez, no puede contribuir lógicamente a prevenir violaciones a la Cuarta Enmienda"<sup>121</sup>. El aspecto que fundamenta la excepción, es que en todo

119. Sobre ello *Michigan v Tucker* 417 U.S. 433 (1974) en el que se sostuvo: "El propósito previsor de la regla de exclusión necesariamente asume que la policía se ha involucrado voluntariamente o al menos negligentemente en una conducta que ha privado al demandado de algún derecho. Al negarse a admitir evidencia obtenida como resultado de tal conducta, las cortes esperan instaurar en esos oficiales investigadores, o en sus futuras contrapartes, un mayor grado de cuidado con respecto a los derechos del acusado. Cuando la acción del oficial se ejecutó en buena fe, sin embargo, el razonamiento preventivo pierde mucha de su fuerza" en similares términos se había dicho: "Si el propósito de la regla de exclusión es prevenir la conducta policial ilegal, entonces la evidencia obtenida de un registro debe suprimirse solamente si se puede afirmar que el oficial tenía conocimiento de que el registro era inconstitucional de acuerdo con la Cuarta Enmienda" *United State v Peltier* 422 U.S. 531 (1975).

120. *Leon v United State*, 468 U.S. 897, (1984).

121. *Leon v United State*, 468 U.S. 897, (1984).

caso el agente de policía ha procedido de buena fe, cuando ello no es así, por malicia o negligencia, la excepción decrece y la regla de exclusión se afirma.

(9) Precisamente debe ser considerado el aspecto preventivo de la regla y su destinatario, lo cual cubre toda la actividad del agente en la obtención de la orden y en algunos supuestos en su ejecución, en tal sentido, la base fundamental de la buena fe, no es una barrera absoluta para no tutelar debidamente las libertades de las personas, así se ha indicado, que las órdenes de registro de los jueces legitiman la actividad de la policía cuando ésta ópera de buena fe, salvo que concorra base razonable o motivo suficiente para entender, que se ha obrado ilegalmente de manera intencional o que se ha procedido muy negligentemente, con lo cual la aplicación de la excepción de buena fe, tampoco puede operar de manera automática a todos los casos en los que se presume ella, así se ha entendido al decirse: "Sin embargo la confianza que el oficial deposita en la determinación del juez sobre la causa probable y sobre la suficiencia técnica de la orden emitida debe ser razonablemente objetiva..."<sup>122</sup> "... y es claro que en algunos circunstancias el oficial no tendrá bases razonables para creer que la orden fue emitida apropiadamente"<sup>123</sup>.

## 7. Limitaciones a la excepción de buena fe.

### 7.1. Las excepciones a la excepción de buena fe.

Con el calificativo anterior se quiere reflejar que la aplicación de la excepción de buena fe, no debe ser entendida de manera absoluta, es decir que no supone una regla de interpretación general y automática, y que la misma se encuentra supeditada a ciertas condiciones, ello indica que en la relación entre reglas de exclusión y excepción de buena fe, concurren circunstancias que podría impedir que se aplicara el supuesto de excepción de *bona fide* y en el cual prevale la doctrina de la supresión de evidencia, estos aspectos en el derecho de los Estados Unidos de América, también han tenido una construcción interpretativa de los alcances de la garantía establecida por la Cuarta Enmienda, y de los fines que la Suprema Corte la ha asignado a la *exclusionary rule* y se sintetizan en los siguientes:

122. Se tomo como fundamento *Harlow v Fitzgerald* 457 U.S. 800 (1982).

123. *Leon v United State*. 468 U.S. 897. (1984). Lo anterior se ve reforzado por el precedente *Whiteley v Warden* 401 U.S. 560 (1971) y se dijo: "Las referencias al "oficial" a lo largo de esta opinión, no deben interpretarse estrictamente. Es necesario considerar la razonabilidad objetiva, no sólo de los oficiales que eventualmente ejecuten la orden, sino también de los oficiales que originalmente la obtuvieron o los que proporcionaron información material para la determinación de la causa probable. Nada en nuestra opinión sugiere, por ejemplo, que un oficial pueda obtener una orden basada en una declaración jurada "escasa" y luego apoyarse en colegas que ignoraron las circunstancias en las cuales se obtuvo la orden para ejecutar el registro".

(i) Debe ser excluida la evidencia y por lo tanto no opera la excepción de buena fe, cuando el oficial de policía engaña al juez presentando fundamentos fácticos falsos o incompletos, sobre la petición que se formula para sostener que concurre causa probable a fin de que se pueda expedir una orden de allanamiento. El aspecto esencial, es la actividad del agente solicitante, que procede de mala fe y brinda bien información no cierta o no completa con la finalidad de lograr la orden registro; en esos casos, en tanto se ha procedido de mala fe, no es procedente la aplicación de la excepción a la regla, con lo cual el fundamento remedial que se le asignado a la doctrina de la supresión se mantiene incólume; a tales efectos se sostuvo: "Por lo tanto la supresión permanece como un remedio apropiado si el juez que emitió la orden, fue engañado por la información de la declaración jurada que el declarante sabía que era falsa"<sup>124</sup>.

(II) También debe aplicarse la regla de exclusión y por ende no tiene sustantividad la excepción de buena fe, cuando el juez que emana la orden para limitar alguna de las libertades garantizadas en las Enmiendas, abandona totalmente la actividad de control sobre los atestados de la investigación que le someten, para que determine si conforme a circunstancias objetivas concurre causa probable para la limitación de un derecho o una libertad constitucional. El aspecto esencial de la no aplicación de la excepción de buena fe, es el descuido o negligencia grave en la función de control del juez, y este aspecto residual de la excepción es de gran relevancia, por cuanto la regla general es que la *exclusionary rule* es un remedio preventivo para disuadir la mala actividad policial, pero como se ha sostenido tampoco la excepción tiene un carácter absoluto, y cuando el descuido por la tutela de las garantías de las Enmiendas es grosero, la doctrina de la supresión también se aplica<sup>125</sup>.

(III) Tampoco es admisible que se dé con lugar a la excepción de buena fe, cuando del elemento fáctico sometido al juez, falta la determinación del lugar objeto del registro o la de las cosas objeto de confiscación, si sucede así, y esos aspectos básicos no se encontraban circunstanciados en el aspecto fáctico de la petición que se sometió, la evidencia debe ser

124. *Leon v United State*. 468 U.S. 897. (1984) con cita del precedente *Franks v Delaware* 438 U.S. 154 (1978). 125. sobre ello se sostuvo: "La excepción que hoy reconocemos tampoco se aplica en los casos en que el juez abandone totalmente su papel judicial del modo censurado en el caso *Lo-Ji Sales Inc. contra New York*, 442 U.S. 319, 99 S Ct. 2319, 60 L. Ed. 2d 920 (1979) en tales circunstancias ningún razonablemente entrenado confiaría en tal orden. Tampoco manifestaría buena fe objetiva el oficial que confiara en una orden basada en una declaración jurada "que careciera tanto de indicios sobre la causa probable, que tomaría irrazonable la creencia del oficial sobre su existencia". *Leon v United State*. 468 U.S. 897. (1984) con cita de los votos *Brown v Illinois* 422 ES; *Illinois v Gates* 462 U.S.

excluida y por ello se dijo: "Finalmente, dependiendo de las circunstancias del caso particular, una orden puede ser tan deficiente facialmente –por ejemplo al omitir particularizar el sitio que será registrado o las cosas que serán confiscadas– que los oficiales ejecutores no pueden presumir razonablemente que sea válida" 126.

Como aspecto final, debe considerarse el alcance que en el derecho de los Estados Unidos de América la Suprema Corte concede a la excepción de buena fe, respecto de la aplicación de la regla de exclusión derivada de la Cuarta Enmienda, señalándose que dicha excepción como tal, surge en toda su extensión del precedente Leon, concluyéndose que el tribunal de apelaciones había actuado dentro de los presupuestos inicialmente considerados, pero que el precedente de manera precisa como excepción de buena fe, no se había reconocido con esa extensión hasta el fallo Leon, por ello se expresó: "Habiendo determinado que la orden no debió emitirse, la Corte de Apelaciones, con razón, decidió no adoptar modificaciones a la regla de exclusión de la Cuarta Enmienda, que esta Corte no había instaurado. Aunque esta modificación tiene un fuerte apoyo en nuestros casos previos, la comedida actitud de la Corte de Apelaciones no es criticable. Hemos reexaminado ahora el propósito de la regla de exclusión y la propiedad de su aplicación en los casos en que los oficiales han confiado en una orden que posteriormente se invalidó. Nuestra conclusión es que el propósito de la regla, raramente se alcanzara aplicándola en tales circunstancias. En ausencia del alegato de que el juez abandonó su regla neutral e independiente, la supresión es apropiada solamente si los oficiales son deshonestos o descuidados al preparar su declaración jurada o no se han basado en una creencia objetivamente razonable de causa probable" 127.

## 7.2. Las garantías judiciales y la excepción de buena fe.

La protección de los derechos fundamentales requiere de efectivos mecanismos jurisdiccionales para su tutela<sup>128</sup>, tal protección se dispensa

126. *Leon v United State*. 468 U.S. 897 con cita del precedente *Massachusetts v Shepard* 468 U.S.

127. Y al considerar los argumentos de León ellos son desestimados en el sentido siguiente: "Solo el demandado León ha argumentado que ningún policía razonablemente entrenado, podría haber creído que existiera causa probable para registrar su casa; significativamente ningún otro demandado presentó argumentos comparables. La solicitud del oficial Rombach se apoyaba en algo más que una declaración jurada escasa. La declaración jurada indicaba los resultados de una investigación intensiva y, como lo evidencian las opiniones divididas del panel de la Corte de Apelaciones, proporcionaba suficiente evidencia para crear desacuerdo entre jueces competentes sobre la existencia de una causa probable. Bajo tales circunstancias, la confianza de los oficiales sobre la determinación del juez sobre la causa probable, fue objetivamente razonable, y la aplicación de la sanción extrema de la exclusión inapropiada. Por lo tanto el juicio de la Corte de Apelaciones se anula.

128. Ver URBANO CASTRILLO Eduardo de TORRES MORATO Miguel Ángel "La prueba ilícita penal. Estudio jurisprudencial". 2ª edición. Aranzandi. Navarra, España. 2000 pp 29 a 35.

desde una posición de preeminencia la cual se corresponde con la competencia constitucional<sup>129</sup>, es decir se trata de la defensa de los derechos al más alto rango, sin los cuales éstos se vuelven impracticables, gráficamente retratado en la expresión "Where is no remedy there is no righth" o como lo ha dicho Peces Barba desde una primera noción de libertades, en el sentido que "Se pretenden identificar con unos derechos reconocidos en el sistema jurídico, eficaces y protegidos por los jueces"<sup>130</sup>, por ello ha de recordarse que inclusive en el sistema anglófono la *good faith exception* no tiene un carácter absoluto no obstante apoyarse decisivamente en la doctrina del *deterret effect*; precisamente por ello, interpretaciones absolutas de las excepciones a la regla de exclusión en el sistema continental no son convenientes, ni mucho menos se compaginan con la tutela de los derechos y libertades<sup>131</sup>.

Un aspecto fundamental para considerar la aplicación de las excepciones a la regla de exclusión y dentro de ellas a la excepción de buena fe<sup>132</sup>, es ponderar su empleo desde el principio de proporcionalidad como regulador de toda la actividad estatal y límite del poder del Estado en relación con la tutela de derechos y libertades fundamentales de los habitantes<sup>133</sup>; el cual se erige como una limitación ante la actuación de los poderes públicos, y forma parte del debido proceso legal<sup>134</sup>. Más particularmente ha de entenderse como se ha puesto de manifiesto, que dentro de una concepción del debido proceso legal, y aún desde la

129. Con ello se quiere indicar una especial forma de tutela de los derechos fundamentales, que vincula una reforzada protección estatal en todos los ámbitos de sus manifestaciones. Ver PÉREZ ROYO Javier "Curso de Derecho Constitucional. Undécima edición. Marcial Pons. Madrid, España. 2007 p 228.

130. Ver PECES-BARBA Gregorio "Curso de Derechos Fundamentales. (I) Teoría General. Eudema Universidad. Madrid, España. 1991 p 26. De lo explicitado por el autor puede sostenerse que las libertades y derechos no tienen valor sino se aseguran mediante el sistema de garantías.

131. Inclusive se ha indicado que la prueba ilícita implica un instrumento de defensa respecto de los derechos del justiciable. En tal sentido ver PÉREZ DEL VALLE Carlos "Teoría de la Prueba y Derecho Penal" Dykinson. Madrid, España. 1999 pp. 60 a 61.

132. Lo anterior lo advertimos con sinceridad porque en los sistemas continentales aunque se ha reconocido la regla de exclusión, también de manera eufemística se han reconocido las excepciones a la regla, aunque distinguiéndolas con nombres diferentes por ejemplo: en el sistema español la doctrina de la conexión de la antijuridicidad STC 81/1998, STC 49/1999, STC 161/1999; la doctrina de la "prueba jurídicamente independiente" STC 86/1995, STC 161/1999, STC 239/1999, STC 8/2000 y con fundamentos similares a los de la excepción de buena fe la STC 22/2003. En Costa Rica se ha referido a la doctrina de la fuente independiente la Sala Constitucional en voto 8591-98 del 1-12-1998; Voto 522-99 del 26-1-1999; Voto 1192-99 del 19-2-1999. LLOBET RODRÍGUEZ Javier "Proceso Penal en la Jurisprudencia". Código Procesal Penal Anotado y con Jurisprudencia. Tomo I. Editorial Jurídica Continental. San José, Costa Rica. 2001 pp. 381 a 382. También refiriéndose a la teoría de la fuente independiente en sus inicios Cf. DALL'ANESE Francisco "La teoría de la prueba ilícita en la jurisprudencia constitucional y penal" en La Jurisdicción constitucional y su influencia en el Estado de Derecho" Anarella Bertolini-Hubert Fernández. Editorial Universidad Estatal a Distancia. San José, Costa Rica. 1996 pp. 268 a 271.

133. De manera pulcra lo explica LLOBET RODRÍGUEZ Javier "Derecho Procesal Penal. II. Garantías procesales (Primera parte) Editorial Jurídica Continental. San José Costa Rica 2005 pp. 536 a 538.

perspectiva del Derecho internacional de los derechos humanos, la verdad como fin del proceso no es una objetivo absoluto, y tiene como limite el respeto a los derechos fundamentales, razón por la cual se encuentra interdicha el uso de la prueba ilícitamente obtenida<sup>135</sup>.

### 7.3. Algunas consecuencias aplicables de la excepción de buena fe a la regla de exclusión en el sistema probatorio continental.

Un aspecto fundamental para considerar los alcances tanto de las reglas de exclusión como de la excepción de buena fe a la misma, es la forma de tutela de los derechos, garantías y libertades constitucionales que se establecen en los sistemas del *common law* y del derecho continental, y las finalidades con las cuales se han erigido las mismas, ciertamente es inherente a la esencia de ambos sistemas, una diferenciación sustancial en cuanto a la búsqueda de la verdad<sup>136</sup>, si bien hay notorias coincidencias, también hay marcadas diferencias, y en este caso las aplicables en el sistema norteamericano no resultan aplicables a la forma de dar sustantividad a las normas constitucionales en los modelos continentales. Estas diferencias deben ser claramente advertidas, porque de lo contrario, una doctrina aplicable a un régimen de derecho distinto al nuestro, crearía una verdadera distorsión respecto de un modelo de aplicación del derecho, que no es propio del establecido en la Constitución que se encuentra sometida a principios orientados de manera diferente. Ciertamente en los modelos continentales, el orden jurídico responde a la articulación de ciertos valores superiores, los cuales no tienen una mera connotación instrumental, sino que los mismos, guardan una sustantividad propia dado el carácter fundamental que los integra —dignidad humana, derechos y libertades constitucionales— lo cual supone una limitación a la búsqueda de la verdad y a la utilización de los medios de obtención de conocimiento, es decir a la reglamentación de la prueba<sup>137</sup>.

134. El tema del principio de razonabilidad no es desconocido para la Suprema Corte de los Estados Unidos de América, la cual lo ha asociado al debido proceso o *due proces of law* considerándolo: "1. Como la comparación y el equilibrio entre las ventajas que generan para la comunidad un acto estatal y las cargas que causa; 2. Como la adecuación entre el medio utilizado y la finalidad que él persigue; 3. como la conformidad del acto con una serie de principios filosóficos, políticos, sociales, éticos, a los cuales se encuentra ligada la existencia de la sociedad". Ver HERNÁNDEZ VALLE Rubén "El derecho de la Constitución. Volumen II. 1ª edición. Juricentro. San José. Costa Rica. 1994 p 351. Sobre el alcance del debido proceso, y con vinculación en el ámbito del Derecho Internacional de los Derechos Humanos Ver. LLOBET RODRÍGUEZ Javier "Derecho Procesal Penal. II. Garantías procesales..." Op cit pp. 124 a 134.

135. Sobre ese aspecto LLOBET RODRÍGUEZ Javier "Derechos Humanos en la Justicia Penal. Evaluado con películas". 1ª edición. Editorial Jurídica Continental. San José. Costa Rica. 2008 p 319.

136. Como se indicó al principio los modelos de averiguación de la verdad en cuanto construcciones son disímiles entre el *common law* y el *civil law* en el primero de ellos, priva más el sentido del principio de inclusión, por el cual las fuentes de conocimiento que aporten utilidad probatoria deben ser admitidos como medios de prueba, ciertas limitaciones concurren a esta forma de adquisición de la verdad, ellas se materializan a través de prescripciones de mayor rango, pero su aplicación queda sometida a una ponderación de intereses en los cuales la búsqueda de la verdad tiene un papel notorio; en el segundo la adquisición de la verdad se encuentra

De tal manera que la debilitación de la regla de exclusión de prueba ilícita en los modelos en los cuales la protección de los derechos y libertades fundamentales es preeminente por fuera de meras funciones instrumentales —vale decir preventivas o sobre la base de un conocimiento erróneo<sup>138</sup>— significa también en el plano jurídico una afectación de la tutela de los valores superiores reconocidos en las Constituciones, es por ello que, no es posible predicar una asimilación igualitaria, entre las reglas de exclusión y sus excepciones en los modelos anglofonos y los continentales<sup>139</sup>, por cuanto la exigencia de protección de los derechos en dichos modelos es ostensiblemente diferente; el respeto de las normas primarias reconocidas en el marco de las garantías constitucionales, es consustancial con la prohibición de utilizar aquella prueba que se ha obtenido con violación de las mismas<sup>140</sup>.

Por ello es oportuno recordar que en el sistema continental la exclusión de la prueba ilícita tiene una vinculación sustantiva con el derecho de las personas a un proceso en el cual se reconozcan todas las garantías<sup>141</sup>, es decir la inclusión de prueba ilícita —con más énfasis la que se obtiene

más institucionalizada, es decir más vinculada a formas jurídicas que limitan de manera más intensa la manera en la cual los sujetos se aproximan a la verdad, no se trata de una actividad libre, sino regularizada que ordena la forma en la cual se comprobaran los hechos, en las mismas el valor normativo adquiere una dimensión mayor y con más razón cuando la jerarquía de las normas es superior, y por ende la misma es menos indisponible. De manera más resumida, el contenido de ciertas garantías constitucionales es menos disponible en cuanto a su vigencia material en el modelo continental que en el anglo-americano. Sobre ello ver GASCÓN AVELLAN Marina GARCÍA FIGUEROA Alfonso "Interpretación y Argumentación Jurídica..." Op. cit. pp. 211 y ss. Sobre los aspectos de la producción de la prueba bajo un estándar razonable de garantías Cf. IBÁÑEZ Perfecto Andrés "La función de las garantías en la actividad probatoria" en Valoración de la Prueba en el Proceso Penal". Consejo Nacional de la Judicatura. Escuela de Capacitación Judicial. San Salvador. El Salvador. 2003 pp. 59 a 68.

137. La importancia de dicho plano axiológico normativo, no se limita a la formalización de reglas jurídicas en materia probatoria, sino que al contrario, son el sustento de la legitimidad constitucional para desarrollar un debido proceso legal, por el cual la búsqueda de la verdad, admite límites, ellos se concretizan cuando se hace manifiesta la necesidad de preservar los derechos, libertades o garantías que las Constituciones han establecido los cuales no deben ser erosionados en un grado que signifique la afectación esencial de su contenido, es decir que se vuelvan impracticables respecto de la función normativa que han de desarrollar.

138. Por ejemplo una doctrina generalizada particularmente en Alemania, hace énfasis en la situación arcaica en la obtención de la prueba, lo cual recuerda en alguna medida el fundamento esencial de la excepción de buena fe, cierto es que esta situación de error en la obtención de los elementos de prueba tiene en la práctica procesal de ese país una clara distinción entre las llamadas "prohibiciones dependientes en el empleo de la prueba —*unselbständige Beweisverwertungsverbote*— y las llamadas prohibiciones independientes —*selbständige Beweisverwertungsverbote*— Ver JÄGER Christian "El significado de los llamados cursos de investigación hipotéticos en el marco de la teoría de la prohibición de empleo de la prueba". Traducción de Minor Enrique Salas en Problemas Fundamentales de Derecho Penal y Procesal Penal. Fabian J. de Placido Editor. Buenos Aires. Argentina. 2003 p 92 a 93.

139. Mucho menos puede ser admisible que en los modelos continentales se realice una extrapolación de la excepción de buena en un sentido absoluto, cuando ni siquiera en el derecho anglosajón la aplicación de la *good faith exception* tiene esa configuración.

140. Cf. PEDRAZ PENALVA Ernesto y otros "Comentarios al Código Procesal Penal" Tomo I. 1ª edición. Consejo Nacional de la Judicatura. Escuela de Capacitación Judicial. San Salvador. El Salvador. 2003 p 136.

141. Bajo esta perspectiva a los derechos fundamentales se les concede también una estructura de naturaleza estrictamente procesal, y como se ha informado decisiones del más alto nivel en su momento han avalado esta tesis, así la sentencia del Tribunal Constitucional Español STC 81/98 sobre ello DIAZ CABILE José Antonio MORALES Ricardo Martín "La garantía constitucional de la inadmisión de la prueba ilícitamente obtenida". Primera edición. Civitas. Madrid. España. 2001 pp. 37 a 48.

de manera directa— entrañaría una violación al debido su connotación de proceso asegurado por las debidas garantías<sup>142</sup>, de proceso en ahí la necesidad de considerar la interdicción de la prueba ilícita, por afectar la posición preferente de los derechos fundamentales, de ahí que la prueba en cuanto a su licitud tiene una preeminencia de orden constitucional, con lo cual se pretende desterrar actos ilegales en su práctica<sup>143</sup> que la vincula necesariamente a la tutela de los derechos fundamentales dentro de la connotación de debido proceso.

Lo anterior significa, que las consecuencias derivadas de la excepción de buena fe, no pueden trasladarse de manera automática a otras realidades, por cuanto la tutela de los derechos fundamentales en relación al debido proceso, tienen un sentido diferente en el sistema continental, en el cual no debería de privar un visión preventiva, es decir, la consideración del *deterrent effect*, de lo contrario la exclusión de prueba ilícita como derivado del debido proceso —guardando el símil— sólo producirá efectos *ad kalendas graecas*.

142. Al efecto se ha sostenido "En relación a la prueba prohibida, ya esta Sala se ha pronunciado, v.gr. sentencia emitida en el proceso de habeas corpus número 6-H de fecha 20/08/95 en la que se estimó: "las garantías judiciales forman parte del principio de la legalidad en el derecho probatorio: la proposición, admisión, recepción y valoración de la prueba debe ser apegada a la ley, y el respeto a las garantías judiciales son requisitos esenciales para que la prueba sea tenida como tal, la sentencia del proceso de habeas corpus número 2092000 de fecha 15/03/01 que estableció: "... nuestra Constitución, hace referencia en cuanto a que el sistema salvadoreño se deben tomar en cuenta además de los valores, los fines, y hacer aplicación de éstos en conjunto, toda la estructura estatal; aún cuando no sean expresamente y en detalle señalados por la Constitución, pues su obligación devendrá de su mismo carácter de fundamentara y orientadora; sin que escape entonces de ese actuar necesariamente limitado por el respeto a los derechos y garantías fundamentales la Policía Nacional Civil, son sus respectivas divisiones especializadas, en la prevención y represión del delito; La Fiscalía General de la República, en la dirección de la investigación del delito y el Órgano Judicial en el juzgamiento del mismo; siendo completamente contrario a esos límites la obtención de ese tipo de prueba; y máxime cuando de ella se haga depender de manera directa la fundamentación que lleve a privar otro derechos fundamental —la libertad personal— Sala de lo Constitucional Sentencia de Habeas Corpus Ref. 214-2005AC de las doce horas veintitín minutos del dieciséis de octubre de dos mil seis.

143. Esta singularidad de que la prueba ilícita es contraria a las garantías constitucionales y que precisamente el artículo 15 del Código Procesal Penal establece una regla de exclusión por motivos de ilicitud se reconoce en precedentes importantes, ver *gratía* "La prueba posee una innegable relevancia constitucional dado que la actividad demostrativa de cargo en base a la que pueda deducirse razonada y razonablemente la culpabilidad del imputado, se producirá con arreglo a las garantías procesales y constitucionales, es decir, evitar una sentencia condenatoria que no tenga sustento probatorio o que la misma sea concretada en virtud de pruebas irregularmente obtenidas. Cobra especial importancia ante este punto, la legalidad de la prueba contemplada en el artículo 15 del Código Procesal Penal, que al respecto señala: "los elementos de prueba sólo tendrán valor si se han sido obtenidos por un medio lícito e incorporados al procedimiento conforme a las disposiciones de este Código (...) No tendrán valor los elementos de prueba obtenidos en virtud de una información originada en un procedimiento o medio ilícito". Esto significa que, la disposición en comento se erige como una garantía no sólo para evitar las arbitrariedades o ilegalidades de las decisiones judiciales, sino también para evitar la vulneración de los derechos fundamentales que pueden entrar en colisión con la adquisición de la prueba; ya que el ejercicio de la actividad probatoria es limitado, pues de otro modo, no podrá surtir efectos dentro del proceso". Sentencia de la Sala de lo Penal de las quince horas del día treinta de octubre de dos mil seis.

### Conclusión.

A partir de todo lo que se ha considerado sobre la prueba ilícita, las reglas de exclusión, y particularmente la excepción de buena fe, tanto en su aplicación en el sistema anglófono como en el continental es posible arribar a los siguientes aspectos conclusivos desde los precedentes que las sustentan:

- 1) La regla de exclusión no prohíbe absolutamente el uso de evidencia. (*Stone v Powell*)
- 2) La regla de exclusión no es una prohibición o provisión expresa y el uso de evidencia aún ilegal no constituye una nueva violación de la Cuarta Enmienda. (*USA v Calandra*).
- 3) La regla de exclusión no es un remedio constitutivo del derecho afectado —no tiene efectos resarcitorios— sino que tiene efectos preventivos (*Stone v Powell*)
- 4) La exclusión opera como un remedio preventivo y no es un derecho constitucional del afectado (*USA v Calandra*)
- 5) La decisión de aplicar la regla de exclusión como medida de prevención es independiente al hecho de si se violaron derechos (*Illionis v Gates*)
- 6) La regla de exclusión se mantiene por violaciones derivadas a la Cuarta Enmienda, pero admite excepciones (*Franks v Delaware; Illionis v Gates*)
- 7) La regla de exclusión no debe aplicarse de manera estricta e inflexible y debe medirse la relación costo-beneficio. (*USA v Payner*)
- 8) Aún en casos de transgresiones cuando estas son menores no opera la regla de exclusión —*atenuación doctrine*— por lo que su aplicación no es indiscriminada (*Stone v Powell, USA v Calandra, USA v Janis*) y no vuelve inadmisibles cualquier evidencia aun cuando la violación sea consciente (*USA v Ceccolini*)
- 9) La regla de exclusión no significa la supresión automática de la evidencia ilegal en Cortes (*USA v Alderman*)

10) La regla de Exclusión en lo principal suprime la evidencia cuando haya precedido mala conducta policial (*Rakai v Illionis, Brown v USA, Wong-sun v USA*)

11) Es posible la utilización de evidencia ilegalmente obtenida en casos de interrogatorios, aunque no se utilice como prueba demostrativa (*USA v Walder, Oregon v Hais, Harris v New York, USA v Havens*)

12) No se suprime evidencia en casos de estatutos declarados inconstitucionales (*Michigan v De Filippo*)

13) Tampoco la regla se aplica retroactivamente excepto cuando tenga fines estrictamente preventivos y siempre que no sea notoriamente retroactiva su aplicación (*USA v Peltier, USA v Desist, Linkietter v Walker, USA v Jhonson*)

14) Para determinar causa probable y como fundamento de la buena fe, una orden judicial es un elemento objetivo y razonable (*USA v Ventresca, Aguilar v Texas*)

15) El respeto a la orden no es ilimitado, puede investigarse la veracidad de la orden (*Franks v Delawewre*)

16) La buena fe para ser admisible no debe ser subjetiva –subjetividad policial– (*Henry v USA*)

17) Se excluye la evidencia y no opera la buena fe cuando la policía ha engañado al juez presentando un fundamento fáctico falso o incompleto (*Frank v Delawere, Leon v USA*)

18) No opera la excepción de buena fe y se aplica la regla de exclusión sí el juez que dicta la orden abandona por completo su actividad de control (*Lo-Ji Sales v New York, Bronw v Illionis, Illionis v Gates, Leon v USA*)

19) Se excluye la evidencia y no opera la buena cuando falta la determinación del lugar objeto del registro o la cosa objeto de confiscación en el sustrato fáctico (*Massachusetts v Sherppard, Leon v USA*)

20) La aplicación de la prueba ilícita y de la regla de exclusión difiere en cuanto a sus fundamentos en el sistema anglófono del sistema continental

21) No puede realizarse automáticamente una aplicación de la regla de exclusión y de sus excepciones incluyendo la de buena fe del modelo del *common law* al del *civil law*

22) En el modelo europeo de prueba el fundamento de la misma es sustancialmente cognoscitivo y el encontrar la verdad real tiene límites derivados de las garantías constitucionales

23) En el modelo continental no rige como finalidad esencial de la regla de exclusión de prueba el *deterrence effect* sino la tutela de los derechos fundamentales.

24) En el modelo salvadoreño la prueba ilícita que viola derechos o garantías constitucionales de manera sustantiva atenta contra la noción de debido proceso.

**BIBLIOGRAFÍA.**

- ARMIJO SANCHO Gilbert A. "Garantías Constitucionales, Prueba Ilícita y la Transición al Nuevo proceso Penal". Colegio de Abogados de Costa Rica. San José. Costa Rica. 1997.
- ARMIJO SANCHO Gilbert LLOBET RODRIGUEZ Javier RIVERO SÁNCHEZ Juan Marcos "Nuevo Proceso Penal y Constitución". 1° edición. Investigaciones Jurídicas. San José. Costa Rica. 1998.
- BELING Ernest "Derecho Procesal Penal". Traducción y notas Miguel Fenech. Editorial Labor. Barcelona España. 1943.
- BIANCHI Alberto M "Jurisdicción y Procedimientos en la Corte Suprema de los Estados Unidos. Análisis de los mecanismos procesales que hoy emplean la Corte argentina. Editorial Ábaco. Buenos Aires. Argentina 1993.
- CAFFERATA NORES José I. "Cuestiones Actuales sobre el Proceso Penal". 2° edición actualizada. Editores Del Puerto. Buenos Aires. Argentina. 1998.
- CAFFERATA NORES José I. "La Prueba en el Proceso Penal". Tercera edición actualizada. Depalma. Buenos Aires. Argentina. 1998.
- CAPELLETI Mauro "La oralidad y las Pruebas en el Proceso Civil. EJEA. Buenos Aires. Argentina. 1972.
- CARDOZO Benjamín Nathan "La Función Judicial". Traducción de Victoria Cisneros y Leonel Pereznieta Castro. Pereznieta Editores. México. 1996.
- CARRIO Alejandro D "Garantías Constitucionales en el Proceso Penal". 4° edición actualizada y ampliada. Hammurabi. Buenos Aires. Argentina. 2000.
- CARRIO Alejandro D. "Justicia Criminal". LERNER. Buenos Aires. Argentina. 1986.

CASTILLO BARRANTES "Ensayos sobre la nueva legislación procesal penal". 2º edición. Juritexto. San José Costa Rica. 1992.

CAVALLERO Ricardo Juan "Justicia Criminal". Debates en la Corte Suprema. Segunda edición actualizada. Editorial Universidad. Buenos Aires. Argentina. 1997.

CONSTITUCIÓN DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA. Applewood Books Bedford, Massachusetts. USA. 2004.

CHIESA APONTE Ernesto L. "Tratado de Derecho Probatorio. Reglas de evidencia de Puerto Rico y Federales. Tomo I. Editora Corripio. Puerto Rico. 1999.

CHIESA APONTE Ernesto L. Derecho Procesal Penal de Puerto Rico y los Estados Unidos. Volumen I. Primera reimpression. Editorial Forum. Puerto Rico. 1995.

DALL'ANESE Francisco "La teoría de la prueba ilícita en la jurisprudencia constitucional y penal" en La Jurisdicción constitucional y su influencia en el Estado de Derecho" Anarella Bertolini-Hubert Fernández. Editorial Universidad Estatal a Distancia. San José. Costa Rica. 1996.

DAMASKA Mirjan R. "Las caras de la justicia y el poder del Estado. Análisis comparado del proceso legal". Traducción de Andrés Morales Vidal. Editorial Jurídica de Chile. Santiago. Chile. 2000.

DIAZ CABILE José Antonio MORALES Ricardo Martín "La garantía constitucional de la inadmisión de la prueba ilícitamente obtenida". Primera edición. Civitas. Madrid. España. 2001.

DURÁN RAMÍREZ Juan Antonio "La Prueba Prohibida en el Proceso Penal Salvadoreño". AA. VV en "Ensayos Doctrinarios". Nuevo Código Procesal Penal. ARSJ. UTE. 1º edición. San Salvador. El Salvador. 1998.

ELDER Witt "La Suprema Corte de Justicia y los Derechos Individuales". Traducción de Ana Isabel Stellino. GERNIKA. Primera edición. México D. F. 1995.

FLORIAN Eugenio "De las Pruebas Penales". Tomo I. Reimpresión de la tercera edición. Traducción de Jorge Guerrero. Temis. Bogotá. Colombia. 1990.

FERRAJOLI Luigi "Derecho y Razón". Teoría del Garantismo Penal. Traducción de Perfecto Andrés Ibañez, Alfonso Ruíz Miguel, Juan Carlos Bayón Mohino, Juan Terradillos Basoco, Rocío Cantarero Bandrés. Segunda Edición. Editorial Trotta. Madrid. España. 1997.

GASCÓN ABELLAN Marina "La Interpretación Constitucional". 1º edición. Consejo Nacional de la Judicatura. Escuela de Capacitación Judicial. San Salvador. El Salvador. 2004.

GASCON ABELLAN Marina "Los Hechos en el Derecho". Bases argumentales de la prueba. 2º edición. Marcial Pons. Barcelona. España. 2004.

GASCÓN AVELLAN Marina GARCÍA FIGUEROA Alfonso "Interpretación y Argumentación Jurídica". 1º edición. Consejo Nacional de la Judicatura. Escuela de Capacitación Judicial. San Salvador. El Salvador. 2003.

GÓMEZ COLOMER Juan-Luis "El proceso penal alemán. Introducción y normas básicas". Bosch. Barcelona. España. 1985.

GÖSSEL Karl Heinz "La búsqueda de la verdad en el proceso penal". Aspectos jurídico-constitucionales y político-criminales" en Cuadernos de Política Criminal. N° 45. 1991. Madrid. España. 1991.

GUARIGLIA Fabricio "Concepto, fin y alcance de las prohibiciones de valoración probatoria en el procedimiento penal. Editores del Puerto. Buenos Aires. Argentina. 2005.

GUARIGLIA Fabricio "Las prohibiciones de valoración probatoria en el proceso penal" en Jueces para la democracia N° 26. Julio-1996. España. 1996.

HAIRABEDIÁN Maximiliano "Eficacia de la prueba ilícita y sus derivados en el proceso penal". Primera edición. AD-HOC. Buenos Aires, Argentina. 2002.

- HERNÁNDEZ VALLE Rubén "El derecho de la Constitución. Volumen II. 1° edición. Juricentro. San José. Costa Rica. 1994..
- IBAÑEZ Perfecto Andrés "La función de las garantías en la actividad probatoria" en Valoración de la Prueba en el Proceso Penal". Consejo Nacional de la Judicatura. Escuela de Capacitación Judicial. San Salvador. El Salvador. 2003.
- JÄGER Christian "El significado de los llamados cursos de investigación hipotéticos en el marco de la teoría de la prohibición de empleo de la prueba". Traducción de Minor Enrique Salas en Problemas Fundamentales de Derecho Penal y Procesal Penal. Fabian J. de Placido Editor. Buenos Aires. Argentina. 2003.
- JAUCHEN Eduardo M. "La Prueba en Materia Penal". Rubizal-Culzoni. Santa Fe. Argentina. 1992.
- LLOBET RODRÍGUEZ Javier "Derecho Procesal Penal. II. Garantías procesales" (Primera parte) Editorial Jurídica Continental. San José Costa Rica 2005.
- LLOBET RODRÍGUEZ Javier "Derechos Humanos en la Justicia Penal. Evaluado con películas". 1° edición. Editorial Jurídica Continental. San José. Costa Rica. 2008.
- LLOBET RODRÍGUEZ Javier "La Prisión Preventiva. Límites constitucionales. Universidad para la Cooperación Internacional. San José. Costa Rica. 1997.
- LLOBET RODRÍGUEZ Javier "Proceso Penal Comentado". (Código Procesal Penal Comentado). Segunda Edición. Primera Reimpresión. Editorial Jurídica Continental. 2003.
- LLOBET RODRÍGUEZ Javier "Proceso Penal en la Jurisprudencia". Código Procesal Penal Anotado y con Jurisprudencia. Tomo I. Editorial Jurídica Continental. San José. Costa Rica. 2001.
- MAIER Julio B.J. "Derecho Procesal Penal". Tomo I. Fundamentos. Editores del Puerto. Buenos Aires. Argentina. 2004.

- MIRANDA STRAMPES Manuel. "El concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal. J.M. Bosch Editor. Barcelona. España. 1999.
- MORA MORA Luis Paulino "Garantías derivadas del debido proceso" en Derecho Procesal Penal Costarricense. 1° edición. Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica. San José. Costa Rica. 2007.
- PECES-BARBA Gregorio "Curso de Derechos Fundamentales. (I) Teoría General. Eudema Universidad. Madrid. España. 1991.
- PEDRAZ PENALVA Ernesto "Comentarios al Código Procesal ". Tomo I. Consejo Nacional de la Judicatura. Escuela de Capacitación Judicial. San Salvador. El Salvador. 2003.
- PÉREZ DEL VALLE Carlos "Teoría de la Prueba y Derecho Penal" Dykinson. Madrid. España. 1999.
- PÉREZ ROYO Javier "Curso de Derecho Constitucional. Undécima edición. Marcial Pons. Madrid. España. 2007.
- RAWLS Jhon "El Liberalismo Político". Traducción de A. Domenech. Editorial Crítica. Barcelona. España. 1996.
- ROXIN Claus "Derecho Procesal Penal". Traducción de Gabriela E. Córdoba y Daniel R. Pastor. Editores del Puerto. Buenos Aires. Argentina. Primera reimpresión. 2001.
- SALAS CALERO Luis "Aspectos materiales y procesales del principio acusatorio: Problemas probatorios, prueba ilícita y procesos penales socialmente relevantes. La exclusión de prueba ilícitamente obtenida en el derecho procesal de los Estados Unidos" en Revista del Poder Judicial N| 66. Segundo trimestre. Consejo General del Poder Judicial. Madrid. España. 2002.
- TARUFFO Miguel "La prueba de los Hechos". Traducción de José Ferrer. Trotta. Madrid. España. 2002.
- URBANO CASTRILLO Eduardo de, TORRES MORATO Miguel Ángel "La Prueba Ilícita Penal". 2° edición. Estudio Jurisprudencial". Aranzandi.

Navarra. España. 2000.

## 4. PRINCIPIOS Y GARANTIAS CONSTITUCIONALES DEL NUEVO CÓDIGO PROCESAL PENAL.

Ana Lucila Fuentes de Paz  
Jueza de Juzgado de Instrucción  
Especializado de San Salvador.  
Capacitadora de la ECJ

### Sumario

Introducción, I. Concepto de Principios, II. Clasificación de los Principios, a- En el Proceso Penal, b- Principios del Proceso, c- Principios del Procedimiento, III. Concepto de Garantías Constitucionales, IV. Principio de Juicio Previo, V. Principio de Legalidad del Proceso, VI. Principio de Dignidad Humana, VIII. Principio de Imparcialidad e Independencia Judicial, a- Independencia judicial frente a otros poderes del Estado, b- Independencia del Juez frente a las mismas autoridades de Órgano Judicial, VIII. Principio Acusatorio, a- Imputación previa obligatoria, b- Fijación del objeto del proceso por órgano distinto, c- Necesaria correlación entre acusación y sentencia, d- Separación de las funciones de acusar y juzgar, IX. La Presunción de Inocencia, a- El In dubio pro reo, b- La carga de la prueba, c- La reserva de la investigación, d- El carácter excepcional de las medidas de coerción, X. Duda, a- Sentencia absolutoria, b- Interpretación restrictiva, c- Exclusión de la carga probatoria, d- Necesidad concreta de coerción, XI. Privación de libertad, a- Medidas cautelares personales, b- Medidas cautelares reales, XII. Única persecución, XIII. Inviolabilidad de la defensa, XIV. Derecho de acceso a la justicia, XV. Principio de igualdad procesal, XVI. Principio de publicidad, a- Publicidad interna, b- Publicidad externa, XVII. Interpretación de la ley procesal penal, A- Por sus alcances, a- Restrictiva, b- Extensiva, B- Por su fuente, a- Interpretación auténtica, b- Interpretación doctrinaria, c- Interpretación judicial, C- Interpretación objetiva, a- Literal o filológica, b- Interpretación lógica, c- Interpretación histórica, d- Interpretación sistemática, D- Interpretación analógica, Conclusiones, Recomendaciones, Bibliografía.

### I. INTRODUCCION

La Constitución Salvadoreña del año de 1983, adquiere relevancia en la medida que la misma se considera el fruto de un Estado Democrático de Derecho que rige como ley primaria del ordenamiento jurídico en general y particularmente, marca las normas fundamentales que deberán respetarse y hacerse valer en la ley procesal penal como normas secundarias.

Así tenemos reconocidos, una serie de principios y garantías básicas en el proceso penal, a tenor de lo que dispone la ley fundamental en su artículo 172Cn. y siguientes respecto de la jurisdicción y competencia de los jueces, ello es, en razón de que el proceso penal requiere de una estructura constituida por una serie de actos procesales dentro de los cuales deben aplicarse garantías constitucionales básicas y específicas desde su inicio, hasta el momento culminante del procedimiento que se da con la sentencia definitiva.

La aplicación de tales garantías conlleva a que el juzgador de un hecho punible en el caso concreto, mantenga el derecho de todo imputado a un juicio previo sin dilaciones, diligenciado por un juez independiente e imparcial, que respete la dignidad humana del procesado y la garantía procesal de presunción de inocencia, con asistencia de un defensor, facilitando la igualdad de las partes procesales, garantizando la publicidad del proceso, con total apego en síntesis, al principio de legalidad.

De ello dependerá que pueda prevalecer en este esquema acusatorio, la independencia, imparcialidad y responsabilidad, separación de funciones entre juez y fiscal, con total autonomía, así como la existencia de un juez natural que facilite el desarrollo de recolección de pruebas a las partes, la contradicción de las mismas a través de los interrogatorios orales y públicos, como la motivación de sus decisiones.

En la actualidad, las instituciones del Estado tienen un grado mayor de compromiso ante el ciudadano que reclama el acceso a la justicia en condiciones de igualdad cuando de resolver el conflicto social se trata, se debe procurar dar una respuesta adecuada al clamor de la justicia en el menor tiempo posible y con bajos costos económicos, el Estado debe satisfacer una justicia pronta y cumplida hacia el ciudadano por mandato constitucional, la misma debe ser impartida por órganos independientes y especializados en esta función, con capacidad, conocimiento de la ley y sin discriminación de ninguna índole.

A través de la historia se han perfilado dos tendencias en torno a las cuales giran la mayoría de principios, estas son de autoridad o libertad<sup>1</sup> y dependiendo del modelo de Estado que tengan los pueblos, así serán los principios que van a inspirar la administración de justicia penal.

Martín Ostos comenta: "no fueron los mismos los principios que inspiraron la administración de justicia durante la época medieval, o en la propia vigencia de la Inquisición, que los principios que impulsaron, en cuanto al modelo de justicia, a los protagonistas de la Revolución Francesa; tampoco son similares los principios de la Revolución Volchevique a los de la Alemania Nacional-socialista. También son diferentes los principios que en la actualidad inspiran la justicia administrada en los EE.UU. de Norteamérica, o en Italia a los que lo hacen en Nigeria o en Cuba..."<sup>2</sup>

1. Martín Ostos, José de los Santos. Introducción al Derecho Procesal. Editorial ASTIGI, Sevilla, España, 2004. P. 89

2. Ob. Cit. Pág. 89

En ello estriba la importancia de este tema, en que se procure orientar a los aplicadores de la ley penal Salvadoreña, comprometidos con la Constitución de la República, ha hacerla valer aplicando los principios y garantías fundamentales establecidos en la misma en todo momento que les corresponda impartir justicia, desligándose de cualquier tipo de pasionismos y con total imparcialidad procurando de esta forma, darle legitimidad al sistema de justicia penal Salvadoreño.

## I. CONCEPTO DE PRINCIPIOS.

Cuando un ciudadano acude en busca de justicia al Órgano Judicial, pretende que el Juez a quien le corresponda conocer de su caso, sea imparcial, razonable, con capacidad en la materia y con apego a las leyes que le compete aplicar al momento de juzgar.

La Constitución de la República establece en su articulado, las bases a seguir por la ley secundaria para el desarrollo del debido proceso, ya que contempla el respeto a los derechos de las partes que se someten al mismo a través de los denominados "Principios", los cuales, se encargan de describir y definir la esencia del proceso y establecer el tipo de sistema procesal que el Estado ha determinado.

Los principios fundamentales del proceso penal, dan la pauta al juzgador para orientar sus decisiones, amparando los derechos de las partes en conflicto como son: el imputado y la víctima principalmente; tales principios deberán respetarse y hacerse valer en todo el desarrollo de un proceso hasta el momento en que éste culmine.

La jerarquía de que gozan los principios por su de rango constitucional, obliga a los administradores de justicia a acatarlos en todo momento en que se deba tomar decisiones en un proceso, prueba de ello es que el Código Procesal Penal plasma desde el inicio del articulado una serie de principios básicos que son garantía del debido proceso penal y de las personas que se ven involucradas en el mismo, garantizando que exista justicia y equidad al momento de juzgar conductas que son consideradas por el legislador como constitutivas de delito.

## II. CLASIFICACION DE LOS PRINCIPIOS

- a) En el proceso penal: Se encuentran los Principios de orden jurisdiccional, producto de lo que establece el artículo 172 de la Constitución donde se señala que corresponde de forma exclusiva al órgano Judicial, la potestad de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado

en materia penal.

- b) Principios del proceso: Son los que forman la estructura, la base, los cimientos del proceso mismo.
- c) Principios del procedimiento: son los que se encargan de regular las formalidades y la actuación procesal.

### III. CONCEPTO DE GARANTIAS CONSTITUCIONALES.

Se consideran garantías Constitucionales las normas genéricas que sirven de guía al juzgador en el desarrollo de la actividad procesal, son un refuerzo a aquellas garantías consideradas como específicas o concretas y dentro de las mismas podemos mencionar: el debido proceso, el derecho a la tutela jurisdiccional, el derecho a la presunción de inocencia, el derecho de defensa.

### IV. PRINCIPIO DE JUICIO PREVIO.-

La Constitución de la república en su artículo 12 y el artículo 1 del código procesal penal, establecen la garantía que toda persona tiene de un juicio previo para ser condenada y sometida a una pena o medida de seguridad. El Principio de Juicio Previo nace en la edad media, como un límite al poder estatal y una garantía al imputado, prohibiendo la condena sin un proceso previo, lo cual sirvió de freno a todas las formas de arbitrariedad del estado que se vieron obligadas a seguir el proceso preestablecido para luego imponer la sanción.

Está vinculado al principio de legalidad, el mismo establece que la persona tiene derecho a que se le juzgue conforme a una ley previamente establecida en la que se señale el delito, la pena y el procedimiento a aplicar, dicha ley además debe ser anterior al hecho es decir, previa; al mismo se le atribuyen consecuencias directas como son:

- Las condiciones que habilitan para imponer una pena deben estar establecidas con anterioridad al hecho que se pretende sancionar.
- Toda sanción debe quedar establecida en la sentencia dictada en un juicio previamente establecido

El juicio previo anterior a la condena en materia penal, es la aplicación concretamente de lo que denominamos el debido proceso ante un juez natural y requiere además que se den requisitos como: acusación, defensa, prueba y sentencia definitiva.; de igual forma, el principio de juicio previo, se encuentra íntimamente vinculado con el principio de inocencia constituyendo los mismos garantías esenciales del debido proceso penal

acusatorio, ya que esta garantía de inocencia establece que no se puede tratar a una persona a quien se le atribuye delito como culpable, en tanto no exista una sentencia penal firme que lo declare como tal.

Es a través del juicio previo, que se hacen efectivas todas las garantías contenidas en la Constitución y los tratados internacionales de Derechos Humanos; siendo de esta forma, que los ciudadanos adquieren un conocimiento anticipado del hecho que se les imputa y de la consecuencia punitiva del mismo ante la eventual comisión de un hecho delictivo.

### V. PRINCIPIO DE LEGALIDAD DEL PROCESO.

El Principio de Legalidad (nullum crimen, nulla poena sine lege), lo contiene la ley penal originalmente y se traslada a la ley procesal penal en el artículo 2, para regular el proceso; conforme a este principio se sostiene que solo la ley crea delitos y sólo podrá considerarse delito, aquel hecho que la ley así lo declare expresamente; mientras la ley no prohíba un hecho, existe libertad para realizarlo. En el derecho penal al igual que en el procesal, no se admite la analogía, ya que en materia penal por ejemplo, debe estar contemplado en la ley concretamente el hecho delictivo para aplicar la norma que lo sanciona.

La legalidad implica actuar con respeto a la Constitución, la ley y el derecho aplicado por parte del Juez, impidiendo conductas arbitrarias, evitando imponer sanciones sin fundamento alguno; este principio se expresa en exigencias dirigidas tanto al legislador como a los tribunales de justicia, Así, el legislador debe garantizar que el sacrificio de los derechos del ciudadano sea el mínimo e imprescindible y que los límites de las restricciones sean proporcionadas al hecho que se trate. Por otra parte los jueces penales con acatamiento a este principio deben hacerlo valer en sus decisiones partiendo de una ley previa, ley estricta y ley escrita.

La mayor parte de las legislaciones contemporáneas, regulan el Principio de Legalidad con el fin de obtener un ordenamiento legal justo e igualitario; salvo los Estados totalitarios que se imponen por la fuerza para lograr el control de los pueblos, han desconocido este principio. La legalidad no es sólo sujeción a la Constitución, ya que la misma se extiende al sistema normativo como unidad, es el respeto al orden jurídico en su totalidad, por tanto un proceso previo para ser legal, debe respetar los derechos y principios constitucionales así como los derechos y obligaciones procesales.<sup>3</sup>

3. Así lo recoge la Sentencia en el proceso de amparo del 27/IV/1999, Ref. 171-97.

El principio de legalidad del proceso responde a lo previsto en los artículos 11, 14 y 15 de la Constitución, garantía que se traslada al artículo 2 del C. P., que nos establece la posibilidad de perseguir penalmente conductas que están tipificadas en la ley penal como delito o falta, conforme a una ley preexistente al hecho que se trate y ante juez competente predeterminado; es decir, que se da la exigencia de que la competencia este establecida con anterioridad al hecho que motiva el proceso judicial, para que de antemano se conozca cual será el Juzgado o Tribunal llamado a conocer, consecuencia de esta predeterminación del Juez<sup>4</sup>, es la prohibición de tribunales de excepción y la garantía de independencia e imparcialidad judicial.

El proceso penal se rige por el Principio de legalidad, en tanto que se ha establecido que ninguna actuación del juez y de las partes es posible o válida, sino esta prescrita y regulada en una ley preexistente al hecho delictivo; por tanto la ley debe establecer o determinar las conductas que se configuran como delito y las correspondientes sanciones a las mismas; igual debe establecer a quien compete la función judicial y las formas de juzgamiento en materia penal sustantiva, determinando a su vez cualquier forma de interpretación extensiva cuando se trate de coartar la libertad personal, por tanto debe hacerse una interpretación literal del contenido de la norma<sup>5</sup>.

Otra consecuencia del Principio de Legalidad que contempla el artículo 2 C PP., es el hecho de que impide la irretroactividad de la ley procesal penal, cuando expresa la necesidad de una ley preexistente al hecho delictivo que se trate.

## VI. PRINCIPIO DE DIGNIDAD HUMANA.

El artículo 3 C PP., y 11 Cn., señala que tanto el imputado como la víctima tienen derecho a ser tratados con el debido respeto a su dignidad humana, en lo relativo a su autonomía personal e integridad física y moral; lo novedoso en esta disposición ha sido que el legislador además del imputado, haya tomado en cuenta también a la víctima; ya que ambos pueden verse afectados en su dignidad en el desarrollo de un proceso,

4. El principio de Juez Natural o Juez Predeterminado, establece que un Juez debe ser nombrado en la forma prevista por la ley para conocer y resolver en un proceso penal, con asignación previa de su competencia, por tanto se proscriben el establecimiento de tribunales de excepción para la administración de justicia penal.

5. La exclusión de la interpretación extensiva y analógica en el derecho penal material es una manifestación del principio de legalidad, en cuya virtud la aplicación del precepto penal debe tener por condición y por límites las palabras expresas de la ley. Lo que el legislador no ha dicho expresamente, no se considera jamás que lo haya querido decir. Así expone López Ortega, Juan José en "Derecho Procesal Penal Salvadoreño", Copyright 2000, pág. 36.

por cualquiera de los sujetos intervinientes en el mismo.

El Principio de dignidad humana tiene trascendencia histórica a medida ha ido evolucionando el derecho penal, constituyéndose como un límite político-criminal al "ius puniendi"; este principio implica que el proceso penal debe estar libre de prácticas que atenten contra este valor supremo que es la dignidad humana, supone además el rechazo legislativo a establecer cierto tipo de penas y consecuencias jurídicas declaradas "inhumanas", ha reestructurado la política criminal de antaño y se ha radicado en los esquemas procesales democráticos como una garantía hacia toda persona que se ve involucrada en un hecho delictivo como imputado o víctima, trazándole límites al derecho penal represivo.

En cuanto a las víctimas del delito, de todos es conocido su olvido procesal; el reconocimiento de las mismas dentro del proceso es muy reciente en nuestra legislación, no obstante que existe ya una Declaración promulgada en el séptimo congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrada en Milán el 26 de agosto de 1985, en la cual se establece que las víctimas deben ser tratadas con compasión y respeto a su dignidad y tendrán derecho de acceso a la justicia.

El derecho a ser tratados con respeto a su dignidad humana impone al Estado la obligación de evitar que imputado y víctima sean objeto de malos tratos, de vejaciones y de toda conducta que atente a su dignidad como persona; esta garantía debe hacerse valer ante cualquiera de las instituciones que tengan que ver en la administración de justicia y por cualquiera de los sujetos que intervienen en el proceso sea Juez, Fiscal, Querellante o Defensor, en cualquier etapa del proceso incluyendo la fase de ejecución de pena que es quizás, donde se ve afectada mayormente esta garantía.

## VII. EL PRINCIPIO DE IMPARCIALIDAD E INDEPENDENCIA JUDICIAL.

El Pacto internacional de Derechos Políticos artículo 14 y la Convención Americana artículo 8, declaran como derecho de todo imputado, el ser juzgado por un Juez o tribunal imparcial, esta imparcialidad e independencia se establece en los artículos 16, 17 y 172 de la Constitución y la regula el artículo 4 del C: PP.

La independencia judicial del Juez es un principio Constitucional que garantiza que el mismo al dictar sus resoluciones, deberá atenerse a lo establecido por la Constitución, los tratados internacionales ratificados por el país y la ley secundaria. La independencia judicial se visualiza de

dos formas a saber:

- a) Independencia Judicial frente a otros poderes del Estado: siendo que el Órgano Judicial forma parte de uno de los tres poderes del Estado junto con el Ejecutivo y el Legislativo, cada uno actúa de forma independiente en base al principio de separación de poderes, por tanto, el Órgano Judicial en ejercicio de sus funciones es totalmente independiente de los demás órganos del Estado y no está sometido más que a la Constitución y las Leyes vigentes del país.
- b) Independencia del Juez frente a las mismas autoridades del Órgano Judicial: la independencia judicial es tanto externa como interna, esta última significa que un Juez no está supeditado a las decisiones de otros Jueces o magistrados en el ejercicio de la función jurisdiccional, así lo establece de forma expresa el artículo 172 de la Constitución en su inciso tercero.

El Órgano Judicial está estructurado efectivamente de forma jerárquica, pero tal jerarquía es funcional con el fin de que un tribunal distinto pueda revocar las decisiones tomadas por un Juez inferior en ese rango, por la vía de los recursos y conforme a los procedimientos legalmente establecidos.

La exigencia de Juez competente preestablecido<sup>6</sup>, está contenida en el artículo 15 Constitución, 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y artículo 8 de la Convención Americana, cuya finalidad es asegurar la independencia del Juez, evitando la instalación de tribunales extraordinarios de excepción para el juzgamiento de hechos acontecidos antes de la creación de la ley y del Juez o Tribunal.

La imparcialidad del Juez es otra garantía Constitucional que regula la Ley procesal con la finalidad de que existan condiciones que garanticen que al momento de Juzgar, el Juez o Tribunal se apegue a la Ley y sea en sus actuaciones totalmente imparcial; lo que significa, no dejarse influenciar por motivaciones políticas, amistad, enemistad, prejuicio, interés, parentesco con alguno de los sujetos procesales; en síntesis, la imparcialidad

6. Así, en Comentarios al Código Procesal Penal, páginas 94 y 95 Ob. Cit., que: La predeterminación del juez exige que el órgano judicial haya sido creado previamente a por la norma jurídica, que ésta le haya investido de jurisdicción y competencia con anterioridad al hecho motivador de la actuación o proceso judicial.

Se entiende por juez excepcional extraordinario o de excepción, todo aquel que no ha sido creado por la ley en sentido formal, sino por normas infra legales..., igual se entiende por tal, el creado ad hoc, con independencia de que lo sea por ley o no, para un supuesto concreto.

significa que el Juez debe ser objetivo en sus resoluciones, caso contrario ya la ley franquea los mecanismos como el impedimento, las excusas y recusaciones que permiten separarlo de un proceso.

### VIII. EL PRINCIPIO ACUSATORIO.

El Principio Acusatorio en su formulación latina "nemo iudex sine actore", se define como la garantía que prescribe la prohibición de enjuiciar a una persona sin un requerimiento fiscal claro y preciso, en el cual se indique con precisión los hechos que se le imputan a determinada persona siendo formulado por persona distinta a la que juzga.

La vigencia de este principio queda establecida por disposición del artículo 193Cn., y artículo 5 del Código Procesal Penal en el cual se establece que corresponde a la Fiscalía General de la República la investigación del delito y promover la acción penal de manera exclusiva en los delitos de acción pública; tal disposición implica:

- a) Imputación previa obligatoria: no puede haber juicio contra persona determinada, sin la existencia previa de una imputación en la que se determine con precisión los hechos que se le están atribuyendo.

En los sistemas totalitarios, tal garantía no existe, las personas son sometidas a juzgamiento sin conocer la causa y bajo imputaciones indefinidas atentando al principio de legalidad, imposibilitando el derecho de defensa pues el imputado desconoce incluso de que se le acusa; los sistemas democráticos en cambio, garantizan que la persona conozca desde un inicio la imputación en su contra, la misma debe ser de su conocimiento en todo el proceso y en el momento de su acusación.

- b) Fijación del objeto del proceso por órgano distinto al que enjuicia: el objeto del proceso se determina en la acusación planteada por el Ministerio Fiscal, el mismo incluso puede ser ampliado o modificado quedando claramente contenido en el auto de apertura a juicio, que es donde se pone fin a la etapa instructora y se da paso a la fase del juicio, la cual compete conocer a Juez o tribunal de Sentencia distinto del que instruye, evitándose de esta forma la contaminación e imparcialidad del juzgador y propiciando su objetividad a la hora de dar el fallo.
- c) Necesaria correlación entre acusación y sentencia: Los hechos contenidos en la acusación y en el auto de apertura a juicio, son los únicos por los que el imputado puede ser condenado. Este

principio trata de evitar la indefensión que generaría el ser condenado por hechos sobre los cuales no ha podido defenderse; hace referencia al principio "iura novit curia", el juez conoce el derecho. El tribunal de sentencia si tiene facultad de variar la calificación del delito ya que la misma se considera provisoria

Lo anterior, lo deja claramente establecido el artículo 397 C: PP., cuando sostiene que la sentencia no podrá dar por acreditados otros hechos u otras circunstancias que los descritos en la acusación y admitidos en el auto de apertura a juicio o en su caso, en la ampliación de la acusación, salvo que favorezcan al imputado. Igual sostiene que en la sentencia el tribunal podrá dar al hecho una calificación jurídica distinta a la de la acusación o del auto de apertura a juicio.

d) Separación de las funciones de acusar y juzgar: una forma de asegurar la garantía del principio acusatorio, es la separación entre el juez y el acusador, de tal manera que el primero este totalmente sustraído de influjos subjetivos que conlleva toda investigación y que su decisión sea imparcial. La persona que investiga y acusa debe ser distinta a la que juzga; por ello el Ministerio Público Fiscal tiene la primera función y los jueces o tribunales la segunda.

Este principio indica la distribución de roles y las condiciones en que se debe realizar el enjuiciamiento del acusado. Se le denomina principio acusatorio según sostiene Baumann, "aquel según el cual no ha de ser la misma persona quien realice las averiguaciones y decida después al respecto".<sup>7</sup>

## IX. LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA.

Garantía establecida en el artículo 12 de la Constitución, artículo 14 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos, artículo 8 del Pacto de San José y 6 C PP., por medio de la cual se establece que el único mecanismo por el cual se puede declarar la culpabilidad de una persona, es mediante un juicio oral y público, con garantía de su defensa y en tanto exista una sentencia condenatoria firme, por lo que el imputado goza de la presunción de inocencia durante todo el procedimiento.

7. El principio acusatorio tiene tres notas esenciales:

- a) Ejercicio y mantenimiento de la acusación por un órgano distinto al Juez, así como la exigencia de una acción pública. Rige la máxima *ne procedat iudex ex officio*.
- b) La división del proceso en dos fases y las tareas propias de cada una de ellas de investigación y decisión respectivamente, han de ser conferidas a órganos diferentes con el fin de evitar un probable y posible prejuzgamiento por parte del juez sentenciador. Rige la máxima de la prohibición de la

La presunción de inocencia es un derecho fundamental de toda persona la libertad y la seguridad personal, en consecuencia, se le considera inocente mientras no se haya declarado judicialmente su responsabilidad en cualquier delito que se le atribuya; además se le considera una garantía frente al poder punitivo del Estado, y en tanto sea considerado inocente, se deben reducir al mínimo las medidas restrictivas de derechos fundamentales del imputado durante el proceso.

Esta presunción iuris tantum que es, requiere de una actividad probatoria dirigida expresamente a acreditar que la persona procesada es responsable del delito que se le acusa, se requiere de pruebas que demuestren sin dejar duda, tanto la materialización del hecho punible, como la participación en el mismo del sujeto que se acusa, bien sea en su calidad de autor o de partícipe, correspondiendo la carga de la prueba al Ministerio Público Fiscal.

Referida esta garantía al juicio, podemos ver su incidencia en el ámbito probatorio, conforme al cual, la prueba sobre la culpabilidad del imputado debe ser suministrada por la acusación, imponiéndose la absolución del acusado cuando la misma es considerada insuficiente para romper dicho estado de inocencia del cual se encuentra investido la persona del imputado.

Del Principio de Presunción de inocencia se derivan como consecuencias jurídicas las siguientes:

- a) El in dubio pro reo: La declaración de culpabilidad que se pronuncia en la sentencia, debe fundarse en la certeza del tribunal acerca de la existencia del hecho punible y del grado de participación que el imputado haya tenido en el mismo. Con duda no es posible condenar.
- b) La carga de la prueba, "onus probandi" corresponde a la parte acusadora, así lo determina la parte final del artículo 6 C. PP., No es deber del imputado demostrar su inocencia ya que ese status jurídico lo mantiene en tanto no se demuestre lo contrario, es el que acusa quien está obligado a destruir esa presunción de inocencia debiendo demostrar que la persona a quien acusa, ha cometido el hecho y estableciendo cual es su responsabilidad en el mismo, creando certeza jurídica en el juzgador a través de las pruebas. Corresponde tanto al Fiscal como al Querellante la carga de las pruebas.

- c) La reserva de la investigación: el artículo 76 C.P.P. señala que las diligencias de investigación serán reservadas y sólo las partes tendrán acceso a ellas. Esta disposición se le considera una consecuencia de la presunción de inocencia del imputado, evitando de esta forma que se le exponga anticipadamente a la sociedad, impidiendo la divulgación en algunos casos de la información que hacen los medios de comunicación, garantizando de esta forma la presunción de inocencia y la intimidad de la persona imputada. No obstante que por regla general los actos procesales son públicos, el Juez está facultado para declarar la reserva total o parcial del caso, cuando se pueda ver afectada la moral pública, la intimidad, la seguridad nacional o el orden público, así lo dispone el artículo 307 C. PP.
- d) El carácter excepcional de las medidas de coerción: Se aduce que tales medidas limitan el derecho del imputado a ser tratado como inocente, por ello se aplican en base al principio de necesidad y sólo se justifican cuando existe un peligro real de que se obstaculice la investigación del caso o exista de parte del imputado el peligro de su fuga.

La ley establece una serie de medidas cautelares de carácter personal o real; dentro de ellas existe la detención provisional considerada la medida más gravosa y por tanto se aplica de forma excepcional y sólo en los casos en que se considere por parte del juez necesaria, estipulando esta necesidad el legislador en los delitos ya excepcionados de medidas sustitutivas que contempla el artículo 331 inc. 2° C.P.P.

Igual se regulan una serie de medidas sustitutivas a la detención provisional en el art. 332 C.P.P., tanto personales como reales, con las mismas se pretende garantizar el poder contar con la presencia del imputado al momento que se le requiera por llamado judicial; en cualquiera de los casos, tales medidas no pueden utilizarse como una sanción o pena anticipada.

## X. DUDA.

Este principio se deriva de la presunción de inocencia, y lo regula el Código Procesal Penal en su artículo 7 cuya finalidad es garantizar el respeto al derecho de libertad individual del procesado, procurando que la restricción a su libertad sea la excepción y no la regla.

En caso de duda o conflicto en el tiempo de leyes penales, la

Constitución dispone que el Juez deberá aplicar la norma más favorable al reo; es necesario aclarar a que duda nos referimos y es lo que denominamos como "duda razonable", que en el ámbito procesal penal implica que, cuando el juzgador se encuentre ante presupuestos de hecho imposibles, improbables, no comprobados o que no justifican la aplicación de la pena, debe abstenerse de condenar a una persona, ya que el in dubio pro reo es un mecanismo de valoración probatoria que se establece para aquellos casos donde exista la duda razonable, la potestad del juez para absolver al acusado.

Su aplicación práctica está basada en el principio de que toda persona es inocente en tanto no se demuestre su culpabilidad y si un Juez no está seguro de la misma, deberá entonces proceder a dictar un veredicto absolutorio. Este principio atañe solo al juzgador en el momento de valorar la prueba, con garantía constitucional cuyo fin es garantizar el respeto del derecho fundamental de libertad de la persona, en el sentido de que tal restricción es la excepción y nunca la regla.

El denominado aforismo latino "In dubio pro reo", principio de gran trascendencia y novedosamente estipulado de forma expresa en el artículo 7 del C. PP., se basa en la consagración del sistema de libre convicción del juez para valorar la prueba y se refleja además, en el principio de presunción de inocencia que se establece en el artículo 9 de la Declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano, con el cual se impide o suprime el sistema de prueba legal y se impone la libre convicción o valoración de la prueba; así lo establece concretamente nuestra Ley Procesal Penal en su artículo 179, que impone al Juez valorar de acuerdo a las reglas de la sana crítica las pruebas lícitas, pertinentes y útiles.

El "favor rei" permite al juez en el momento de evaluar las pruebas, que de no obtener de las mismas certeza sobre la culpabilidad del imputado, debe absolver, ya que no es posible aplicar una sanción penal establecida en la ley para determinado hecho punible, si no ha sido demostrado en el momento del juicio que la persona a quien se le imputa es culpable del mismo; así en caso de que exista duda, el juez deberá absolver y no condenar.

El principio "in dubio pro reo" se ha considerado una consecuencia del principio de "nulla poena sine crimine, nullum crimen sine culpa", interpretado como la exigencia de que la condena solo es posible si se demuestra la culpa, pues toda duda en el ánimo del juzgador deberá conducirlo a una absolución; es una garantía procesal que se impone ante cualquier arbitrariedad del juzgador.

Este principio, trae determinados efectos jurídicos por estar

Intimamente unido al principio de presunción de inocencia, los cuales la doctrina reconoce y se expresan a continuación:

- a) **Sentencia absolutoria:** Si el juez tiene duda razonable sobre la responsabilidad del procesado, no tiene otra opción más que emitir sentencia absolutoria, no es necesario que tenga la convicción de su inocencia, ya que es el estado normal del imputado; además cuando existe conflicto entre leyes o la duda reside en la aplicación de alguna de ellas, en tal caso el Juez deberá aplicar la ley más favorable al imputado.
- b) **Interpretación restrictiva (art.15 C.PP.)** La ley penal admite una sola forma de interpretación que es la restrictiva. No admite la analogía o interpretación extensiva a fin de no dejar al arbitrio personal los derechos que tratan sobre la libertad individual; la misma no puede ser limitada más allá de cada uno de los casos enumerados taxativamente por la ley. La interpretación restrictiva es obligatoria para que la duda pueda favorecer al reo.
- c) **Exclusión de la carga probatoria: Omnis Probandi.**- En virtud de que el imputado goza desde el inicio y durante el proceso penal de la presunción de inocencia, no tiene obligación de demostrarla, es el acusador o titular de la acción penal<sup>8</sup> quien está obligado a aportar los elementos probatorios suficientes para crear en el Juez la convicción de culpabilidad del acusado, solo de esta forma podrá emitirse una sentencia condenatoria.
- d) **Necesidad concreta de coerción:** La restricción a la libertad individual solo puede darse por parte del órgano jurisdiccional, siempre que se verifique concretamente dicha necesidad. Existen algunos derechos que pueden verse afectados por la coerción penal como son: el allanamiento de morada, la prisión preventiva, la interceptación de correspondencia, el embargo y secuestro; estos últimos afectan la libertad de disposición de bienes.

Finalmente podemos decir que el in dubio pro reo es un principio propio del derecho penal y su aplicación corresponde a los Jueces con competencia en esta materia, pero además conlleva el problema subjetivo de valoración de la prueba por parte del Juez y éste, si tiene una duda

8. El artículo 75 C. PP. Señala: "Al fiscal le corresponderá de manera exclusiva la dirección, coordinación y control jurídico de las actividades de investigación del delito que desarrolle la policía y las que realicen otras instituciones que colaboran con las funciones de investigación, en los términos previstos en este Código.

Durante las diligencias de investigación del delito, el fiscal adecuará sus actos a criterios objetivos, velando únicamente por la correcta aplicación de la ley; por lo que deberá investigar no solo los hechos y circunstancias de cargo, sino también, las que sirvan para descargo del imputado.

razonable sobre la culpabilidad del acusado una vez ha valorado las pruebas, no puede infringir el principio in dubio pro reo y condenar, ya que este principio es una norma de interpretación, pero además dentro del ordenamiento jurídico penal, es norma de estricta observancia que obliga al Juez a aplicarla.

## XI. PRIVACION DE LIBERTAD.

La limitación de derechos fundamentales y específicamente la que conlleva pérdida de la libertad, sólo puede emanar de un mandato judicial y conforme las garantías previstas en la ley, conforme a una resolución motivada.

El propósito de privar de libertad a una persona a quien se le atribuye haber cometido un delito y conforme lo establece la ley penal, tiene límites, requisitos, plazos y formas que es necesario cumplir. Así el artículo 8 PP., establece "la libertad personal sólo podrá restringirse en los casos y con los requisitos establecidos en la Constitución, este Código y demás leyes"....."la privación de libertad podrá extenderse mediante resolución fundada por doce meses más para los delitos graves, durante o como efecto del trámite de los recursos de la sentencia condenatoria". La detención la realiza una autoridad pública en el ejercicio de sus competencias cuando así lo determina un Juez, o bien porque se da cumplimiento por elementos de la Policía Nacional Civil a una orden judicial o fiscal, o cuando se procede a una captura en flagrancia.

En todo caso, estas clases de detención tienen un carácter provisional en tanto no se haya dictado una sentencia firme y se proceda al cumplimiento de una pena impuesta producto de un juicio previo en un determinado delito, ya que en tal caso estaríamos ante una privación de libertad por cumplimiento de una pena en su fase ejecutiva en razón de que ya hubo una decisión judicial que la ordena.

Se puede privar de libertad a una persona y ordenar su detención o internamiento en un Centro Penal, solo en los casos en que la ley lo permite y dándole el cumplimiento debido al principio de proporcionalidad, así, nuestro ordenamiento jurídico penal, recoge una serie de medidas cautelares las cuales tienen como finalidad, garantizar la presencia de la persona imputada en el momento que se le requiera para una determinada actuación judicial; existen algunas que por su naturaleza misma se consideran de mayor gravedad como es el caso de la medida cautelar que priva la libertad ambulatoria de la persona imputada, ya que ésta afecta un derecho constitucional como lo es: la libertad y en tal sentido su aplicación

debe ser valorada dependiendo de factores como la gravedad del delito cometido, la peligrosidad del sujeto; la necesidad de su aplicación dependerá en todo caso, cuando el Juez considere que con tal medida, se evitará la fuga de la persona imputada, que la víctima no corra ningún riesgo en su persona e integridad y que la justicia no se vea afectada en última instancia; por ello es necesario referirnos a las medidas cautelares que nuestro Código regula a partir del Artículo 320 y siguientes.

Las medidas cautelares en el proceso penal, son resoluciones judiciales motivadas o fundadas que se adoptan contra el imputado de forma provisional, para limitar o restringir su libertad personal o la libre administración o disposición de sus bienes, con el fin de asegurar o garantizar el cumplimiento efectivo de los efectos penales y civiles de una sentencia, las cuales se clasifican de la siguiente manera:

- a- Medidas cautelares personales: son aquellas que imponen limitaciones al derecho y la libertad personal del acusado en un hecho constitutivo de delito.
- b- Medidas cautelares reales: son aquellas que imponen limitaciones a la libre administración o disposición de los bienes del imputado.

Siendo el tema que nos ocupa La Privación de Libertad, tratado a la luz de los principios y garantías Constitucionales, nos limitaremos en este apartado a exponer exclusivamente sobre este punto, señalando que la privación de libertad puede ser bien por reclusión de la persona imputada en un centro penitenciario, en la casa que éste habita y en casos excepcionales en determinadas instituciones o dependencias policiales bajo supervisión y vigilancia de las mismas.

La prisión preventiva o provisional, es una medida cautelar de carácter personal que afecta el derecho de libertad durante un lapso de tiempo más o menos prolongado, la misma sólo procederá cuando las demás medidas cautelares no fueran suficientes para asegurar los fines del proceso penal y se decreta luego de que la persona imputada ha sido puesta a la orden del juez en un plazo que no excede las 72 horas, tiempo en que deberá resolver si le decreta detención provisional o si ordena su libertad conforme lo dispone el artículo 13 de la Constitución de la República.

Para que un Juez pueda decretar la medida cautelar de detención provisional, es necesario que conste la existencia de un delito y los indicios suficientes para considerar que la persona detenida es la responsable del mismo, es necesario además, que el delito lleve aparejada una pena superior a los tres años, es decir, que estemos ante un delito grave y que por su naturaleza sea de aquellos que la ley excepciona de poder aplicarles

medidas sustitutivas a la detención provisional.<sup>10</sup>

Cuando se decreta la detención provisional del imputado o acusado de un delito, es necesario que el mismo permanezca ingresado en prisión durante el tiempo o plazo impuesto para la investigación y hasta la celebración del juicio. Esto se hace si se valora por parte del Juez, que existe un riesgo de fuga que puede poner en peligro el cumplimiento de la pena en caso de que al finalizar el juicio se llegara a dictar una sentencia condenatoria.

La prisión preventiva o prisión provisional se le considera la última opción a utilizar en defecto del resto de medidas sustitutivas que la ley regula como podría ser: el arresto domiciliario, una caución económica, el sometimiento a vigilancia del imputado por parte de la autoridad policial etc., ello es así, porque esta medida que tiene un carácter personal, afecta el derecho de libertad personal durante un período de tiempo más o menos prolongado que en nuestro caso según la ley puede oscilar entre seis y doce meses si se da una prórroga más el tiempo en que se celebre el juicio y culmine con la sentencia.

## XII. UNICA PERSECUSIÓN (Ne bis in idem)

La garantía del ne bis in idem reconocida constitucionalmente en el artículo 11 del Código Procesal Penal; se expresa en dos exigencias: la primera (material), consiste en que no es posible aplicar una doble sanción, siempre que se presente la triple identidad: del sujeto, hecho y fundamento, cuando existe una conducta ilícita. La segunda exigencia (formal o procesal), se presenta en el concurso aparente de leyes, que impide que por un mismo hecho, puedan imponerse al acusado dos penas distintas.

Esta última garantía afecta a la aplicación de varias normas que se refieran a una identidad de sujeto, hecho y fundamento, es decir, que a un mismo individuo como consecuencia de la realización de una misma conducta y la producción de un mismo resultado, no se le pueden aplicar dos normas distintas cuya fundamentación sea la misma y donde se tutela el mismo bien jurídico.

El ne bis in idem es un derecho constitucional<sup>11</sup> a no ser enjuiciado

10. Al respecto véanse los artículos 329, 330, 331 y siguientes PP.

11. Así lo reconoce la Constitución de la República en su artículo 11 y el Código Procesal Penal en el artículo 9 que expresa: "Nadie será procesado ni condenado más de una vez por el mismo hecho, aunque se modifique su calificación o se aleguen nuevas circunstancias".

dos veces por el mismo delito y su fundamento se encuentra en las particulares exigencias de libertad y seguridad del sujeto. El principio de única persecución prohíbe la doble exposición de la persona a juicio o de cualquier otra forma a la reiteración de persecuciones penales múltiples bajo un mismo alegato; no impide sin embargo, que el proceso pueda reabrirse en aquellos casos en los que proceda la revisión, ya que la misma sólo opera a favor del reo.

El objeto del principio de ne bis in idem es darle seguridad al individuo frente a los riesgos de ser perseguido de forma reiterada por el Ministerio Público, teniendo tal trascendencia, que ha sido retomado en todos los convenios y declaraciones como son: la Convención Americana de los Derechos humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, quienes se han pronunciado en el sentido de que nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un delito por el cual haya sido ya condenado o absuelto por una sentencia firme, de acuerdo con el procedimiento de cada país.<sup>12</sup>

### XIII. INVOLABILIDAD DE LA DEFENSA

Según el artículo 12 de la Constitución y 10 del Código Procesal Penal el principio de no ser privado del derecho de defensa en ningún estado del proceso, facilita al procesado el poder comunicarse personalmente con su defensor y de ser asesorado por el mismo, desde que es señalado con la calidad de imputado por una autoridad y a que éste le acompañe en todos los actos del proceso.

El reconocimiento del derecho de defensa, es la base de la legitimidad del proceso penal, ya que el poder del Estado no es absoluto, debe ejercerse racionalmente y no arbitrariamente. La defensa según nuestro Código Procesal Penal, puede ser: técnica, pública y de oficio, así lo regulan los artículos 98 y 101 CPP., con ello se facilita la participación del imputado, desde las primeras diligencias de investigación que se hagan de su persona atribuyéndole una conducta criminal.

Esta defensa debe asumirla un abogado de la república, autorizado en el ejercicio, para garantizar que tiene la preparación adecuada y las destrezas necesarias en el ejercicio de su profesión, igual es posible que

12. El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en el artículo 14 N° 7 consagra: "nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un delito por el cual haya sido ya condenado o absuelto por una sentencia firme de acuerdo con la ley de procedimiento penal en cada país". La Convención Americana de Derechos Humanos artículo 8.4 establece: "el inculcado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos".

el imputado si goza de tales requisitos pueda ejercer su autodefensa, siempre que el tribunal lo autorice artículo 98 inc. 3° C. PP. Existe también la denominada Defensoría Penal Pública ejercida por Defensores de la Procuraduría General de la República que siendo una institución del Estado ofrecen este servicio de forma gratuita a quien lo solicite, esto facilita la presencia del Defensor de un imputado en todo proceso aún cuando éste no goce de recursos económicos para costearse un abogado particular.

El derecho de defensa debemos entenderlo como un derecho fundamental que le asiste a todo imputado y al defensor que lo representa, para comparecer en todos aquellos actos del proceso penal que así lo ameriten, para constatar la eficacia de la imputación o de la acusación, participando con igualdad en los actos de prueba, impugnando aquellas decisiones judiciales que le perjudiquen, participando activamente en las distintas audiencias, gozando el imputado en todo momento, de la asesoría de su defensor.

Igual que la ley primaria, la Declaración Universal de Derechos Humanos expresa: "junto al derecho a la presunción de inocencia, existe el derecho de toda persona acusada de delito a un juicio público en el que se hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa". En términos semejantes este derecho se reitera en el Pacto de San José de Costa Rica, resaltándose la comunicación libre y privada con el defensor y el irrenunciable derecho a ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado.

La base esencial del derecho de defensa esta, en la posibilidad que tiene el imputado de poder expresarse libremente sobre cada uno de los extremos de la imputación; también se vincula al derecho de defensa, la prohibición de obligar a declarar contra sí mismo, a que no se emplee en su contra medios coactivos, intimidatorios o contrarios a su dignidad, ni a ser sometido a métodos o técnicas que alteren su libre voluntad o de sufrir una restricción que la ley no permita. Estos y otros derechos los regula el artículo 82 C. PP.

Se habla de dos formas de defensa: a) la defensa material que realiza el propio imputado ante el interrogatorio de una autoridad policial o judicial y, b) la defensa técnica que ejerce el abogado que le asiste y asesora jurídicamente al imputado y que además lo representa en todos los actos procesales. El abogado goza de todos los derechos que la ley le confiere para el ejercicio de sus funciones en la defensa de su patrocinado, su intervención inicia desde que la persona imputada es citada o detenida por la policía o es señalada en una investigación; puede participar en todas las diligencias, aportar pruebas, presentar escritos, tener acceso a los

expedientes, interponer recursos, puede entrevistarse con su cliente cuando está recluso en un centro policial o penal, interrogar a testigos y peritos, intervenir en las audiencias haciendo su exposición oral sin ofensa al honor o dignidad de las personas, etc.

Podemos resumir diciendo: que la defensa técnica goza de las siguientes características:

- a) La asistencia letrada es una facultad que tiene el imputado de elegir a un abogado de su confianza.
- b) El defensor actúa como si fuese el oído y la voz jurídica del acusado
- c) El derecho de defensa es irrenunciable por tanto, si el imputado no quiere defenderse el mismo Estado se encarga de proporcionarle un defensor público o de oficio.
- d) La defensa técnica es obligatoria, el defensor debe tener presencia en el desarrollo de un proceso penal.

#### XIV. DERECHO DE ACCESO A LA JUSTICIA

El derecho de acceso a la justicia también denominado por la doctrina española como derecho a la tutela judicial efectiva, significa la posibilidad de toda persona independientemente de su condición económica, racial, cultural o social, de poder acudir ante los tribunales a formular sus pretensiones o defenderse de ellas, de obtener de parte de los mismos un fallo y que éste se cumpla; por tanto se sostiene que el acceso a la justicia comprende:

- a) El acceso propiamente dicho, es decir la posibilidad de llegar al sistema judicial sin que exista ningún obstáculo que le impida al ciudadano ejercer su derecho.
- b) Lograr una resolución de parte del Juez de la causa, que solucione el conflicto y haga prevalecer el derecho.
- c) Que la resolución que se pronuncie, se cumpla y ejecute en los términos que manda la ley para satisfacer las pretensiones de las partes.

En el plano procesal, el derecho de acceso a la justicia es interpretado ampliamente por parte de los Jueces a quienes les compete conocer y tramitar las peticiones de las partes, siendo éstos los encargados de subsanar los defectos procesales y de hacer efectivo el derecho, facilitando de esta forma que tengan acceso a la justicia, a todos aquellos que carecen del recurso económico.

La mayoría de la doctrina española admite la distinción entre el derecho de acceso a la justicia y la garantía del debido proceso, señalando

"que el derecho de tutela judicial efectiva es un derecho instrumental, que permite la defensa jurídica de todos los demás derechos mediante un proceso garantizado y decidido por un órgano jurisdiccional; en tanto que el debido proceso, asegura a las personas la observancia de las reglas constitucionales y procesales, cuyos objetivos son el respeto a los derechos fundamentales y la obtención de una sentencia ajustada a derecho."<sup>13</sup>

Otros autores como Eduardo Cifuentes Muñoz<sup>14</sup> sostiene que el derecho de acceso a la justicia está íntimamente vinculado al debido proceso y que, inclusive, suele tratarse al primero como perteneciente al segundo; sin embargo sostiene que es necesario "distinguir la pretensión dirigida a poner en movimiento el aparato judicial (acceso a la justicia), de las garantías que se aplican específicamente a la actuación judicial (debido proceso)". Estas dos posiciones nos traen a concluir que la tutela judicial requiere de la concurrencia de los requisitos y garantías procesales, por tanto para que el derecho tenga sentido ambos requisitos deben concurrir.

El principio del Derecho de acceso a la justicia, lo encontramos consagrado además en pactos internacionales como El Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos Art. 14.1 que expresa: "todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia. Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la Ley, en la substanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil".

De forma similar establece el artículo 8.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica lo siguiente: "Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la Ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter."

La Comisión Interamericana de Derechos humanos, ha catalogado al derecho de acceso a la justicia como un derecho fundamental, al señalar

13. ALMAGRO NOSETE, JOSÉ. Comentarios a las leyes políticas. Constitución Española de 1978. Cit. en FERNANDEZ VIAGAS, Bartolomé, El derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, Editorial Civitas, Madrid - España, 1994. Pág. 29.

14. CIFUENTES MUÑOZ, EDUARDO, Acceso a la justicia y debido proceso en Colombia (Síntesis de la doctrina constitucional), en Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1999., pág. 277.

que: "...el acceso a la jurisdicción de parte de la víctima de un delito, en los sistemas que lo autoriza deviene en un derecho fundamental del ciudadano y cobra particular importancia en tanto impulsor y dinamizador del proceso criminal" <sup>15</sup>.

#### XV. PRINCIPIO DE IGUALDAD PROCESAL.

Esta garantía se consagra en el artículo 3 de la Constitución que establece: "todas las personas son iguales ante la ley..." a fin de que los sujetos que intervienen en el proceso, tanto de acusación como la defensa actúen con igualdad de condiciones, dispongan de iguales derechos y oportunidades en el proceso.

La igualdad procesal está relacionada con el derecho de defensa y la posibilidad de contradecir, lo que impone que exista una paridad entre las partes. Este derecho tiene por objeto, evitar una situación de privilegio o supremacía de una de las partes, de esta forma se garantiza la igualdad y la plenitud de pruebas con equidad.

#### XVI. PRINCIPIO DE PUBLICIDAD.

La publicidad es considerada una característica de los procesos modernos que implica haber superado el secretismo del sistema inquisitivo el cual impedía conocer del proceso y de las actuaciones que se daban en el mismo, incluso por parte del propio imputado,

Este principio establece una garantía Constitucional por medio de la cual los Jueces en el desempeño de su actividad procesal, deben tener apertura para garantizar un actuar independiente, transparente, respetuoso de la ley evitando todo abuso y arbitrariedad al momento de juzgar quedando obligado el funcionario judicial de dar a conocer las actuaciones realizadas en el proceso.

La publicidad desde el punto de vista interno, corresponde a las partes del proceso y desde el ámbito externo, es un derecho del ciudadano de conocer cómo se desarrolla un proceso, por tanto solo puede haber reserva en casos y circunstancias excepcionales ya determinadas por la ley.

La publicidad de los actos procesales es además una forma de control de la administración de justicia por parte de la sociedad; la doctrina

15. COMISION INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, informe sobre la situación de los derechos humanos en Ecuador, en Internet <http://www.cidh.org/countryrep/Ecuador-sp/Resumen.htm>

señala que la misma se puede considerar desde dos puntos de vista: interno y externo.

- a) Publicidad interna: se refiere a que las partes conozcan todos los actos llevados a cabo por el juez en el proceso.
- b) Publicidad externa: es la posibilidad de que personas extrañas al proceso, sepan lo que está ocurriendo en el mismo y conozcan la forma de cómo se administra justicia.

#### XVII. INTERPRETACIÓN DE LA LEY PROCESAL PENAL.

Se dice que la Ley es una fuente formal del derecho que se ubica en segundo plano como norma secundaria después de la Constitución, que es la norma primaria emanada del Órgano Legislativo del Estado. Las leyes por tanto son normas que nos señalan reglas de conducta de cumplimiento obligatorio dentro de la sociedad.

Previo a hablar de la Interpretación de la norma, es necesario distinguir los conceptos de que debemos entender por norma jurídica y que por ley: la primera, es una regla de conducta que opera en un tiempo y lugar determinado, nos establece la posibilidad de hacer o no hacer algo y tiene por finalidad darle cumplimiento a un precepto legal, se considera que la norma jurídica está por encima de la ley, ya que ésta última solo sirve de vehículo para plasmar los valores que se recogen en la norma de un determinado ordenamiento jurídico.

Cada Ley encierra dos tipos de normas: La norma primaria que va dirigida especialmente a los ciudadanos, expresando la forma como los mismos deben comportarse en la sociedad, y la norma secundaria, que está dirigida al órgano jurisdiccional, mandándole a aplicar la sanción que corresponda para cada caso concreto. Sin embargo, en la actualidad esta diferenciación teórica que diferencia lo que es norma y ley ha ido perdiendo vigencia, ya que modernamente se utiliza indistintamente ambos términos "norma" y "ley", para hacer referencia a cualquiera de ellas.

Muchas veces se nos presentan problemas de interpretación jurídica de la norma, este se debe algunas veces, en que hay oscuridad del contenido del texto normativo, falta de claridad, o problemas de redacción que impiden entender su significado, por ello es necesario tomar referencia de cómo debemos entender la interpretación normativa de la ley procesal penal particularmente.

#### Interpretación de la norma Procesal Penal

Toda norma jurídica requiere previo a su aplicación, de interpretación

por parte del juzgador, lo que significa, que debemos establecer si existe correlación entre el texto normativo y el caso concreto, ya que toda ley necesita ser interpretada para penetrar en la voluntad del legislador y en el propósito que la norma misma persigue; caso contrario, nos convertiríamos en simples aplicadores de la ley perdiendo nuestra objetividad e independencia.

Para facilitar este estudio, ya la doctrina maneja una clasificación sobre las distintas clases de interpretación de la ley, las cuales pasamos a enumerar:

#### A- POR SUS ALCANCES:

- a. **Restringida:** la interpretación restringida se produce cuando el mismo no excede el contenido de la ley que es interpretada, limitando de esta forma, el significado contenido en la norma, no va más allá de lo que la misma expresa.
- b. **Extensiva:** Opera cuando a quien le corresponde aplicarla, va más allá del contenido de la norma misma, es decir, le da un alcance mayor de lo que se refleja en el texto.

#### B- POR SU FUENTE:

- a. **Interpretación auténtica:** La que realiza el Órgano Legislativo, quien solo se limita a aclarar la norma ya existente y su vigencia se remonta a la ley que aclara, es igual de fuerza obligatoria ya que si su fin es aclarar la ley anterior, requiere establecer cuáles son sus alcances.
- b. **Interpretación doctrinaria:** Es aquella que los juristas usan en sus obras cuando dan una opinión sobre determinada ley, de esta forma se encargan de orientar el pensamiento del abogado.
- c. **Interpretación Judicial:** Es una forma de interpretación que emana de las sentencias judiciales, creando jurisprudencia y que en algunos casos, obliga a su cumplimiento futuro.

#### C- INTERPRETACION OBJETIVA:

- a. **Lítera filiológica:** es la interpretación que da la ley a las palabras en determinado sentido, se le interpreta conforme está escrito el texto y con base a las palabras que en el mismo se emplean, a los vocablos técnicos o comunes utilizado etc.
- b. **Interpretación lógica:** Es aquella que se hace una vez se ha examinado el contexto de la ley y de otras leyes de la misma naturaleza, tratando de descubrir su finalidad y propósito

interpretando la norma individualizada del resto.

- c. **Interpretación histórica:** Toda ley contiene: antecedentes, exposición de motivos, contenido del trabajo legislativo previo a su creación etc., en las mismas se establecen los recorridos de la ley para llegar a su vigencia y convertirse en una norma obligatoria, la interpretación histórica nos sirve para comprender cuál fue el espíritu o ánimo que tuvo el legislador en su creación, que finalidad persigue con la misma; es un referente que utiliza quien se encarga de aplicarla.
- d. **Interpretación sistemática:** Generalmente recurrimos a esta forma de interpretación, cuando existe duda sobre la regulación jurídica del hecho o sobre lo que se debe juzgar; en caso de que exista contradicción entre una norma especial y una general, o bien cuando aún siendo ambas normas de carácter general, tenemos que aplicar la que se encuentre mayormente vinculada con el objeto de regulación normativa.

#### D- INTERPRETACION ANALÓGICA.

Se habla de analogía, cuando se aplica una ley parecida, algunas veces en el mismo texto de la ley encontramos factible la posibilidad de interpretación analógica como cuando la norma reza: "en cuanto sea aplicable...". Esto se hace por parte del legislador con el propósito de llenar algunas lagunas del derecho, pero es importante resaltar, que si hacemos eco del Principio de Legalidad, tal precepto no debería aplicarse, por no estar señalado dentro del contenido de la norma y de una forma clara.

#### CONCLUSIONES

Los Principios del Proceso Penal surgen como una garantía para que el proceso en sí se realice de manera justa y con la aplicación debida del derecho, las normas que deberán ser aplicadas por el Juez tienen carácter principal, ya que estas son las bases por las que deberá guiarse el juez para la realización del proceso.

Los Principios además de ser garantías son los fundamentos del proceso, ya que denotan las "reglas del juego" del mismo. De no acatar estas reglas, el proceso no habrá sido llevado de manera justa porque no se han asegurado ni respetado los derechos del procesado.

**RECOMENDACIONES**

Es necesario que todos aquellos que a diario nos vemos involucrados en el quehacer judicial y particularmente a los que por mandato Constitucional se nos ha encomendado ejercer la función de administrar justicia, debemos conocer las normas básicas del proceso penal que nos permitan ejercer el mismo de tal manera, que en todo momento exista para las partes que intervienen, oportunidad de defenderse en caso de ocurrir alguna injusticia dentro del proceso o que se puedan ver violentados derechos y garantías tanto del procesado como de la víctima, haciendo prevalecer los principios y garantías Constitucionales, contenidas en nuestra Ley Procesal Penal.

**BIBLIOGRAFÍA**

- ALMAGRO NOSETE, José.** Comentarios a las leyes políticas. Constitución Española de 1978. Cit. en Fernández Viagas, Bartolomé. El derecho a un proceso sin dilaciones indebidas. Editorial Civitas, Madrid-España, 1994.
- BAUMANN.** Derecho procesal penal, cit., pp.48-49 citado por Cortés Domínguez, en: CORTÉS DOMÍNGUEZ, Valentín; GIMENO SENDRA, Vicente; MORENO CATENA, Víctor: Derecho Procesal Civil, Colex, Madrid, 1996, p. 350.
- BINDER, Alberto.** ¿Qué significa cambiar la justicia penal? P.3. Revista del Instituto de Ciencia Procesal Penal. 1ª ed. Lima, Junio 2006.
- BINDER, Alberto.** Perspectivas de la Reforma Procesal Penal en . En Materiales de , Comisión Episcopal de Acción Social.
- BINDER, Alberto:** "La Fuerza de la inquisición y la debilidad de la República" p.12. Revista del Instituto de Ciencia Procesal Penal. 1ª ed. Lima, Junio 2006.
- CASADO PEREZ, José María, LOPEZ ORTEGA, Juan José y otros.** Derecho Procesal Penal Salvadoreño. Editorial Justicia de Paz, El Salvador. 2000.
- CATACORA GONZÁLES, Manuel.** de Derecho Procesal Penal.
- CÉSAR SAN MARTÍN CASTRO, César:** Derecho Procesal Penal. P.72, Volumen 2, Editora Jurídica Grijley, octubre 2003.
- CIFUENTES MUÑOZ, Eduardo.** Acceso a la justicia y debido proceso en Colombia (Síntesis de la doctrina constitucional), en anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1999.
- CUBAS VILLANUEVA, Víctor.** "El proceso penal teoría y práctica ". p. 45. 5ª edición Palestra editores, Lima 2003
- CUBAS VILLANUEVA, Víctor.** El proceso penal: y práctica. 5º . Palestra Editores. Lima, 2003.
- DE LA OLIVA SANTOS, Andrés; Aragonese Martínez, Sara; Hinojosa Segovia, Rafael; Muerza Esparza, Julio; Tomé García, José Antonio.** Derecho Procesal Penal. Centro de Estudios Universitarios ón Areces. Ed. 1993. , 1993.
- MOMETHIANO ZUMAETA, Eloy.** "Enfoques de los recursos impugnatorios en el nuevo Código Procesal Penal. Editorial San Marcos Perú.1ª edición.1994.
- GIMENO SENDRA, Vicente; Moreno Catena, Víctor; Almagro Nosete, Javier; Cortez Domínguez, Valentín.** Derecho Procesal. Tomo II. 3º Edición Revisada y actualizada. Tirant lo Blanch. 1990.

- GIMENO SENDRA**, Vicente. Fundamentos del Derecho Procesal. Civitas. Madrid, 1981.
- JAÉN VALLEJO**, Manuel. La presunción de inocencia en la constitucional. Akal. Madrid. 1987.
- LOPEZ ORTEGA**, Juan José. Derecho Procesal Penal Salvadoreño. COPYRIGHT, 2000.
- MAIER, JULIO B.J.** Derecho Procesal Penal, Fundamento, Tomo I. Editoras del Puertos S.R.L. Buenos Aires, Segunda Edición, 2004.
- MAIER**, Julio. Derecho Procesal Penal. Tomo I. Ediciones del Puerto S.R.L., Argentina. 1999.
- MARTIN OSTOS**, José de los Santos. Introducción al Derecho Procesal, Editorial ASTIGI, Sevilla, España, 2004
- MIRANDA ESTRAMPES**, Manuel. La mínima actividad probatoria en el proceso penal. José María Bosch. Barcelona, 1997.
- MOMENTHIANO SANTIAGO**, Javier Ysrael. Derecho Procesal Penal. Editora "Fecal". Lima, Perú. 2001.
- MONTERO AROCA**, Juan.; Ortells Ramos, Manuel; Gómez Colomer, Juan Luís; Montón Redondo, Alberto. Derecho Jurisdiccional. T.III (Proceso Penal) J.M. Bosch Editor. Barcelona, 1991.
- MONTERO ROCA**. Principios del Proceso Penal.
- SANCHEZ VELARDE**, Pablo: "Comentarios al Código Procesal Penal", p.111. IDEMSA LIMA- PERÚ.1994
- PEDRAZ PENALVA**, Ernesto y otros. Comentarios al Código Procesal Penal. Tomo I, 1ª. Edición. Impresos Múltiples, San Salvador, El Salvador. 2003.
- ROXIN**, Claus. Derecho Procesal Penal. Editores del Puerto S.R.L. Buenos Aires, Argentina. 2000.

## 5. REQUISITOS PARA LIMITAR DERECHOS FUNDAMENTALES EN EL PROCESO PENAL\*

Lic. Samuel Aliven Lizama  
Juez Quinto de Instrucción en funciones de San Salvador  
Capacitador de la ECJ

### Sumario.

1. Introducción. 2. Requisitos para limitar derechos fundamentales. 2.1. La medida limitativa del derecho debe estar prevista en la Ley. 2.2. La medida debe estar justificada por un fin constitucionalmente relevante. 2.3. La medida debe ser adoptada por una autoridad jurisdiccional. 2.4. La medida debe estar motivada. 2.5. La medida debe respetar el principio de proporcionalidad. 3. Conclusiones. 4. Bibliografía.

**ABREVIATURAS:** Art.= Artículo. CADH= Convención Americana de Derechos Humanos. Cr= Constitución. CPP= Código Procesal Penal. inc.= Inciso. PIDCP= Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Ref.= Referencia.

### 1. Introducción.

El conflicto jurídico penal representado por el delito, cometido por una persona en perjuicio de la sociedad, desencadena la reacción oficial del Estado mediante la investigación y enjuiciamiento del presunto responsable del mismo.

La investigación penal implica la realización de un número significativo de actividades tendientes a determinar la existencia del hecho y la participación de la persona a la que se le atribuye la comisión de los hechos que configuran la realidad del delito y todas sus circunstancias.

Algunas de las actividades de investigación penal no tienen mayor incidencia directa sobre los derechos de las personas, motivo por el cual

\* Este trabajo corresponde a un capítulo adaptado de mi trabajo "Actos de investigación que limitan derechos fundamentales en el proceso penal" presentado como requisito de graduación de la Maestría en Derecho Penal Constitucional de la Universidad José Simón Cañas, UCA.

las formalidades y exigencias legales para su válida realización son mínimas. Otras, por el contrario, implican la limitación o restricción de los derechos fundamentales de la persona y algunas debido a su importancia son objeto de específica tutela constitucional. Algunas de las medidas de investigación penal que limitan o restringen derechos fundamentales son la requisita personal, el registro domiciliario, el secuestro de objetos, las inspecciones corporales, las intervenciones corporales, las intervenciones telefónicas, etc.

Lo anterior obliga a hacer una doble distinción respecto de los actos de investigación penal entre los actos de investigación que limitan derechos fundamentales y aquéllos en los que no existe tal limitación o restricción. Un ejemplo de la categoría de actos de investigación que limitan derechos fundamentales sería el registro con prevención de allanamiento, que afecta de manera directa el ejercicio del derecho a la intimidad personal y familiar tutelado por el Art. 2 y por el Art. 20 Cn. Un ejemplo de la segunda categoría sería la entrevista de un testigo, en la cual no hay afectación directa de un derecho fundamental, pero se trata de un acto de investigación. La distinción es importante ya que cuando se realizan actos de investigación que limitan derechos fundamentales, las formas y los requisitos son diferentes de los casos en que se trata de un acto de investigación que no los limita. Este trabajo está orientado a determinar las exigencias o requisitos que deben cumplir los actos de investigación penal cuando los mismos limitan o restringen derechos fundamentales.

## 2. Requisitos para limitar derechos fundamentales

La limitación de los derechos fundamentales, en tanto representa una restricción o impedimento al ejercicio del derecho reconocido constitucionalmente, no puede ser realizada de manera arbitraria y antojadiza, sino que debe llevarse a cabo con sujeción a ciertas exigencias formales y sustanciales.

Las exigencias formales y sustanciales de las medidas que limitan o restringen derechos fundamentales se encuentran previstas tanto en la Constitución como en la Ley procesal penal y son vinculantes para los aplicadores del sistema de justicia penal.

Los presupuestos y requisitos para limitar derechos fundamentales son los siguientes:

### 2.1. La medida limitativa del derecho debe estar prevista en la Ley.

Las medidas que limitan o restringen derechos fundamentales deben estar previstas en la ley. La doctrina, la legislación y la jurisprudencia establecen la exigencia de que así sea.

González-Cuellar estudia esta exigencia desde la óptica del principio de proporcionalidad estableciendo como uno de los presupuestos del mismo el principio de legalidad. Así señala que este principio "exige que toda medida limitativa de derechos fundamentales se encuentre prevista por la ley. Puede ser considerado un presupuesto formal porque no asegura un contenido determinado de la medida, pero sí es un postulado básico para su legitimidad democrática y garantía de previsibilidad de la actuación de los poderes públicos".<sup>1</sup>

La exigencia que plantea el autor es que la medida limitativa de un derecho fundamental debe estar prevista en una ley, la cual es producto o resultado de la conformación de las diversas fuerzas políticas de una sociedad, y en tal medida de la expresión democrática de la misma.

La exigencia de que sea una ley la que posibilite la limitación o restricción de un derecho fundamental tiene sus efectos respecto de las fuentes normativas que pueden hacerlo y de las que no pueden. Casado Pérez va más allá en relación a la exigencia al señalar al respecto que "la restricción de un derecho fundamental puede preverse por la Constitución

1. González-Cuellar Serrano, Nicolás: "Proporcionalidad y Derechos Fundamentales en el Proceso Penal". Colex, Madrid, 1990. p. 69. La exigencia de que las medidas que limitan o restringen derechos fundamentales debe realizarse por medio de la ley también se encuentra presente en Aba Cotoira, Ana: "La Limitación de los Derechos en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Español". Tirant lo blanch, Valencia, 1999. p. 77. Prieto Sanchís, Luis: "Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales". Trotta, Madrid, 2003. p.230. Jiménez Campo, Javier: "Derechos Fundamentales. Concepto y Garantías". Trotta, Madrid, 1999. p. 29 y ss. Casado Pérez, José María Casado: "La Prueba en el Proceso Penal Salvadoreño". Editorial Lis. San Salvador, El Salvador. 2001. p. 181 y ss. Etxebarria Guridi la exige en general para todos los derechos fundamentales y de manera específica para las intervenciones corporales y los análisis de ADN. Véase Etxebarria Guridi, José Francisco: "Las Intervenciones Corporales: Su Práctica y Valoración Como Prueba en el Proceso Penal. Inspecciones, registros y extracción de muestras corporales". Trivium. Madrid, 1999. p. 90 y ss. Etxebarria Guridi, José Francisco: "Los Análisis de ADN y su Aplicación al Proceso Penal". Comares. Granada, 2000. p. 29 y ss. También de Urbano Castrillo, Eduardo: "La Prueba Ilícita Penal. Estudio Jurisprudencial". 2ª. Edición. Aranzadi. 2000. p. 94. Para las intervenciones postales la exige Assalit Vives, José María: "Las Intervenciones Postales", en: "La Prueba en el Proceso Penal. Manuales de Formación Continuada No. 12. Consejo General del Poder Judicial. Madrid, 2000. p. 216. Montero Aroca, Juan: "Detención y Apertura de la Correspondencia y de los Paquetes Postales en el Proceso Penal". Tirant lo blanch, Valencia, 2000. p. 121 y ss. Para las intervenciones telefónicas Uría Martínez, Joan Francesc: "Intervenciones Telefónicas. Aproximación al estado de la cuestión", en: "La Prueba en el Proceso Penal. Manuales de Formación Continuada No. 12. Consejo General del Poder Judicial. Madrid, 2000. pp. 250-254. De Urbano Castrillo. Ob. cit. p. 187. Para la intervención de las comunicaciones en internet véase Fernández Rodríguez, José Julio: "Secreto e Intervención de las Comunicaciones en Internet". Thomson-Civitas. Madrid, 2004. p. 125. Reclamando su necesidad para la intervención de las comunicaciones orales directas véase Noya Ferreiro, María Lourdes: "La Intervención de las Comunicaciones Orales Directas en el Proceso Penal". Tirant lo blanch, Valencia, 2000. p. p. 120-129.

directamente según puede constatar en el art. 20 de la misma; por una ley secundaria que desarrolle la previsión constitucional de injerencia, como es el caso del Código Procesal Penal; o por un tratado internacional, que tiene valor de ley de la República tras su entrada en vigencia (art. 144 Cn), siempre que no sea contrario a la Constitución, como es el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos (ONU) o de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (OEA)<sup>2</sup>.

Las medidas que restringen derechos fundamentales, según Casado, deben estar previstas en la Constitución misma, en la Ley emanada de la Asamblea Legislativa o Parlamento y en una fuente con rango o valor de ley, como sería un tratado internacional. Además agrega que "se excluye, pues, de la vía reglamentaria la regulación de los derechos individuales en lo referente a sus aspectos esenciales, reservándose exclusivamente a la ley esa función, que, por otra parte, deberá respetar el núcleo o contenido esencial del derecho o conjunto de facultades que lo integran y conforman, según concepción que la doctrina y jurisprudencia tienen del mismo"<sup>3</sup>.

En otras palabras, los Reglamentos emitidos por el presidente del Órgano Ejecutivo no pueden limitar (el autor impropia mente habla de "regulación") el ejercicio de los derechos fundamentales, ni otras fuentes con valor inferior a la ley, cualquiera que éstas sean.

La exigencia de que los derechos fundamentales deben ser limitados sólo por medio de la ley o de una norma con rango de ley no es suficiente, sino bastaría cualquier ley, inclusive la emanada de un poder fáctico, para tener por cumplido el requisito. Es necesario que se cumplan determinados requisitos sustanciales.

Grote ha señalado que "los límites para el Poder Legislativo en la regulación de los derechos fundamentales pueden resultar del propio texto constitucional o de su interpretación teleológica y sistemática por la jurisdicción constitucional. Se pueden ordenar en una tipología según varios criterios. El primero se refiere al ámbito de aplicación del límite respectivo. Los límites generales se aplican, en principio, a la regulación

2. Casado. Ob. Cit. p. 183.

3. Ibid.

de todos los derechos fundamentales, mientras que los límites individualizados son aplicables sólo a un derecho distinto. Esta distinción deriva directamente de las constituciones nacionales y de los instrumentos internacionales sobre la protección de los derechos humanos, pues todos los textos reconocen derechos que simplemente pueden ser limitados mediante una ley, sin cualificación cualquiera, y otros que exigen, en cambio, que esa ley cumpla determinados requisitos"<sup>4</sup>.

El autor anterior reconoce el valor normativo de los límites al Legislativo en la limitación de los derechos fundamentales, límites que se encuentran en el mismo texto constitucional o en la interpretación que se realice del mismo. Además, clasifica los límites en "generales" y "específicos o individualizados", los cuales se encuentran en las constituciones, incluyendo la nuestra, y en los instrumentos de derechos humanos, que son fuente normativa común a varios Estados. Entre los límites generales incluye como límites formales la prohibición de ley individual y la obligación de citar la norma constitucional específica que se está limitando por medio de la ley y como límites materiales incluye el principio de proporcionalidad (que será estudiado adelante) y la obligación de respetar el contenido esencial del derecho fundamental que se restringe, al que nos referiremos posteriormente<sup>5</sup>.

Uría Martínez, aunque refiriéndose a las intervenciones telefónicas, ha abordado el tema con bastante claridad y señala que no es suficiente que se trate de una ley cualquiera sino que tenga un "contenido mínimo" sin el cual no se satisface la exigencia de reserva de ley para limitar derechos fundamentales, exigencia que se desenvuelve en dos ámbitos. El primer ámbito es el de las "finalidades legítimas que ha de perseguir...finalidades que han de estar vinculadas a la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y libertades de los demás (art. 8 CEDH)<sup>6</sup>.

El autor establece como primer requisito de la ley que limita derechos fundamentales las finalidades de la medida limitadora, finalidades que vincula a las que establece el Art. 8 del Convenio Europeo de Derechos

4. Grote, Rainer: "Limitaciones para la Ley en la Regulación de los Derechos Humanos en el Derecho Europeo, con Especial Referencia al Derecho Alemán", en: Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano. 9ª. Edición. Konrad Adenauer Stiftung. Montevideo, Uruguay, 2003. p. 94.

5. Ibid. cf. p. 94 y ss.

6. Uría Martínez. Ob. cit. p. 252.

Humanos, que tiene su equivalente en los Arts. 14 y 17 del PIDCP y en los Arts. 8, 11 y 30 de la CADH.

El segundo ámbito o exigencia que debe cumplir la ley limitadora de derechos fundamentales, según Uría Martínez, es el de la previsibilidad. Por tal cualidad entiende que "las personas interesadas han de poder prever las consecuencias de su aplicación, lo que supone que la ley ha de ser suficientemente clara en sus términos para indicar a los ciudadanos las circunstancias y condiciones en que las autoridades públicas podían interferir en el derecho...aún más, las disposiciones que habilitan la injerencia han de ser particularmente claras y precisas, evitando contradicciones en la normativa legal, incluso con otras materias, que hagan imposible prever cuándo la medida de intervención se aplica conforme a la ley"<sup>7</sup>.

La exigencia anterior está referida al cumplimiento o eficacia del derecho fundamental a la seguridad jurídica, la que debe emanar de la misma ley, al establecer con claridad los supuestos de aplicación de la norma limitadora de derechos fundamentales, las personas afectadas, los requisitos para la restricción, los efectos y demás condiciones.

Ahora bien, la exigencia de que los derechos fundamentales sólo se limitan por medio de una ley o de una norma con rango de ley tiene una determinada razón de ser. En relación a la ley, a pesar de sus transformaciones actuales<sup>8</sup>, aún se puede considerar lo que Gascón Abellán expone como conclusión "en el Estado constitucional es la Constitución, y no la ley, la norma que representa la expresión más directa de la soberanía popular, y por lo tanto la validez de la ley viene ahora sometida a un Derecho más alto. Pero dentro de los márgenes diseñados por la Constitución, la ley, en cuanto expresión normativa de la lucha política que se desarrolla en democracia, ocupa un lugar principal en el sistema que no puede serle arrebatado por decisiones políticas de ningún otro signo o condición..."<sup>9</sup>.

7. *Ibid.* Esta misma exigencia plantea Lezertua al señalar que "la ley debe ser a la vez suficientemente accesible para permitir su conocimiento por parte del ciudadano y precisa para permitir al ciudadano adaptar su conducta a las exigencias que imponga. Véase Lezertua, Manuel: "El Derecho a la Vida Privada y Familiar en la Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos", en: Cuadernos de Derecho Judicial. Perfiles del Derecho Constitucional a la Vida Privada y Familiar. Escuela Judicial. Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1996. p. 88.

8. La llamada "crisis de la ley" ha sido abordada por De Cabo Martín como "transformaciones actuales de la ley" identificando sus causas externas e internas al sistema jurídico. Véase De Cabo Martín, Carlos: "Sobre el Concepto de Ley". Trotta, Madrid, 2000. p. 71 y ss.

9. Gascón Abellán, Marina: "El Imperio de la Ley. Motivos para el desencanto", en: Jueces para la Democracia. No. 32. Julio/1998. p. 35.

La exigencia de que sea la Ley la que limite los derechos fundamentales está fundamentada sobre el principio democrático, que exige que las decisiones de un sistema democrático, sobre todo las que afectan los derechos fundamentales, sean adoptadas por los representantes de la voluntad popular expresadas en la Asamblea Legislativa o Parlamento.

La exigencia de que las medidas que limitan derechos fundamentales deben estar previstas en la Ley, no sólo es una exigencia teórica, también se encuentra en el mismo texto constitucional. Ya hemos mencionado que la mayoría de los derechos fundamentales previstos en la Constitución aparecen reconocidos e inmediatamente seguidos de una expresión que se refiere a la posibilidad de ser limitados "salvo las limitaciones que la ley establezca" (Art. 5 Cn), "conforme a las leyes" (Arts. 22 y 23 Cn), etc.

Los instrumentos internacionales de Derechos Humanos también contienen la exigencia normativa de que los derechos fundamentales o humanos sólo se limitan por medio de una ley. El Art. 17 del PIDCP y el 11 de la CADH establecen que nadie será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y reputación, reconociéndose el derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques.

La CADH, a diferencia del PIDCP, con un alcance más general establece en el Art. 30 una cláusula general que rige para todos los derechos humanos reconocidos en su texto y que prescribe que las restricciones permitidas de acuerdo a la Convención al goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidas en la misma, no pueden ser aplicadas sino conforme a leyes que se dictaren por razones de interés general y con el propósito para el cual han sido establecidas.

En el texto del Art. 30 de la CADH citado se advierte que la Convención exige no sólo la exigencia formal de que sea una ley la que limite los derechos fundamentales, sino unas determinadas exigencias materiales, ya que se exige que las leyes deben ser dictadas o aprobadas "por razones de interés general", y también se exige que las leyes se apliquen con las finalidades o propósitos para los cuales se aprobaron.

La exigencia de que sea una ley formal emanada de la Asamblea Legislativa o Parlamento ha sido establecida con toda claridad por la Corte

Interamericana de Derechos Humanos, quien mediante la Opinión Consultiva OC 6/86 de 9 de mayo de 1986, al ser consultada por la República Oriental del Uruguay, sobre el alcance o significado de la expresión "leyes" en el Art. 30 de la Convención expresó que "la palabras leyes en el artículo 30 de la Convención significa norma jurídica de carácter general, ceñida al bien común, emanada de los órganos legislativos constitucionalmente previstos y democráticamente elegidos, y elaborada según el procedimiento establecido por las Constituciones de los Estados Partes para la formación de las leyes" <sup>10</sup>.

En cuanto a exigencias materiales, el Art. 30 CADH exige que las leyes que se dicten o aprueben, lo sean por razones de "interés general", lo cual lleva a excluir las llamadas leyes de interés individual. Así, Grote al comentar la prohibición de ley individual en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional alemán, aunque reconoce el carácter discutido de las mismas, señala que éstas "se limita en lo esencial a la prohibición del trato discriminatorio a un individuo por el legislador. No puede seleccionar arbitrariamente un caso determinado de una serie de casos muy similares y hacerlo objeto de una reglamentación única y excepcional. Sin embargo, la disposición no se aplica, todavía según el Tribunal, si el caso que debe ser regulado es el único de su tipo y si existen motivos urgentes para su reglamentación" <sup>11</sup>.

En definitiva, en el Art. 30 de la CADH citado se advierte que la Convención exige que la fuente normativa que limite los derechos fundamentales sea una ley (dimensión formal de la exigencia) y que las leyes deben ser dictadas o aprobadas "por razones de interés general", y que se apliquen con las finalidades o propósitos para los cuales se aprobaron (dimensión material de la exigencia).

Por otro lado, el Art. 246 inc. 1 Cn se configura como una norma constitucional de aplicación general; prescribe que los principios, derechos y obligaciones establecidos por esta Constitución no pueden ser alterados por las leyes que regulen su ejercicio.

10. Citada por Travieso, Juan Antonio: "La Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opiniones Consultivas y Fallos. La Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos". Abeledo Perrot. Buenos Aires, 1996. p. 190.

11. Grote. Ob. cit. p. 96

La disposición constitucional anterior constituye una "prohibición de inalterabilidad de los derechos", dispositivo equivalente a lo que en otros sistemas jurídicos se denomina "cláusula del contenido esencial del derecho", en virtud del cual no se puede alterar el contenido sustancial del derecho o lo que constituye su esencia<sup>12</sup>. Asimismo, se reconoce en la misma disposición constitucional que la "regulación" (debería decir limitación) del ejercicio del derecho, sólo puede realizarse por medio de una Ley.

La jurisprudencia constitucional también ha reconocido que la limitación de derechos fundamentales se realice por medio de una Ley. La evolución jurisprudencial ha sido amplia, motivo por el cual no se realizará una exposición de toda esta evolución, aunque conviene hacer referencia a una de las sentencias más representativas que contiene el núcleo de la exigencia constitucional, que es la sentencia de inconstitucionalidad Ref. 2-92 de las 10:00 horas del 26 de julio de 1999.

La sentencia antes referida parte de hacer una diferenciación entre las categorías de "regulación normativa" y "restricción o limitación" del Art. 246 Cn. Al respecto contiene algunos tópicos de relevancia que citamos textualmente:

i. La regulación de un derecho no debe implicar limitación del mismo; pero sí, la limitación o restricción de un derecho supone necesariamente su regulación.

ii. La regulación normativa comprende el establecimiento de la titularidad, las manifestaciones y alcances de derechos así como las condiciones para su ejercicio y sus garantías.

iii. Un derecho constitucional puede ser regulado directamente por la misma Constitución o por las normas infraconstitucionales provenientes de aquellos entes públicos que se encuentran constitucionalmente facultados para ello.

iv. La limitación o restricción de un derecho, supone en principio una regulación, para lo cual se establecen ciertos impedimentos para el ejercicio de ese derecho.

12. Señala Prieto Sanchís que "la especial posición que ocupan los derechos fundamentales en el Estado constitucional se manifiesta en un reforzamiento de sus garantías o de su resistencia jurídica frente a eventuales lesiones originadas en la actuación de los poderes públicos y en primer lugar del legislador. En este sentido, quizá la garantía más llamativa sea la recogida en el artículo 53.1 de la Constitución, al establecer que "sólo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio" de los derechos y libertades reconocidos..." Ver Prieto Sanchís. Ob. cit. p.230.

v. Únicamente se podrán limitar derechos fundamentales- establecer impedimentos o restricciones para su ejercicio- por ley en sentido formal, pero que la regulación de derechos que comprende titularidad, condiciones de ejercicio, manifestaciones y alcances del derecho, así como sus garantías, puede hacerse por cualquier norma de carácter general, impersonal y abstracta, siempre y cuando sea emitida por los órganos estatales o entes públicos con potestad normativa reconocida por la Constitución, y que no se vulnere la prohibición establecida en el mismo art. 246 inc. 1º. Cn., es decir, que no se altere el núcleo de los principios y derechos constitucionales.

En la sentencia anterior se parte de una distinción conceptual entre regulación y limitación o restricción de derechos fundamentales, utilizándose la categoría de la "regulación" como un género que comprendería las regulaciones que limitan derechos y las regulaciones que no los limitan. La distinción entre las dos especies de regulación queda en evidencia en los apartados i y en el ii ya que se expresa que la regulación de un derecho no debe implicar su limitación, con lo cual no excluye que no se pueda hacer, además se expresa que la limitación o restricción implica necesariamente una regulación.

Adicional a lo anterior, en el apartado iii se expone con claridad que la fuente normativa de la regulación puede ser la Constitución misma y las normas infraconstitucionales provenientes de aquellos entes públicos que se encuentran constitucionalmente facultados para ello, por lo cual se debió haber expresado que se trataba de la regulación que no limita derechos, ya que si la regulación puede hacerse además de la Constitución por "entes públicos constitucionalmente facultados para ello", dentro de esos entes públicos pueden estar otros como el Presidente de la República o los Consejos Municipales, tratándose respectivamente de la potestad reglamentaria y de las ordenanzas municipales.

En el apartado iv se define lo que es una limitación o restricción de un derecho fundamental y en el apartado v se expresa que la misma sólo puede realizarse por ley en sentido formal, lo cual viene a hacer más necesaria la distinción, no muy clara en la sentencia, entre regulaciones que no limitan derechos (que no necesariamente deben hacerse por ley) y regulaciones que limitan derechos (que deben realizarse por medio de una ley).

En definitiva, la limitación de derechos fundamentales, por exigencia del Art. 246 Cn y Art. 30 CADH, debe ser realizada en virtud de una ley en sentido formal, emanada de la Asamblea Legislativa, aprobada en interés general, aplicada conforme a los fines previstos en la misma para su adopción y que respete el contenido esencial del derecho.

## **2.2. La medida debe estar justificada por un fin constitucionalmente relevante.**

La limitación o restricción de los derechos fundamentales debe realizarse si la misma se justifica por estar orientada hacia un fin previsto o amparado por la Constitución.

González-Cuellar señala que esta exigencia "se trata de un presupuesto material que introduce uno de los términos en que se basa el esquema medio-fin que subyace a los principios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto: al fin de la injerencia se refiere su idoneidad; y su necesidad, en comparación con otros medios posibles alternativos; e igualmente la justificación teleológica introduce en la ponderación de valores que ha de realizarse en el marco de la aplicación del principio de proporcionalidad en sentido estricto aquellos valores que tratan de ser protegidos por la adopción de la medida limitativa"<sup>13</sup>.

En la anterior conceptualización se advierte que al estudiar la exigencia de justificación teleológica como parte del principio de proporcionalidad se hace irradiar el contenido del mismo a los tres sub-principios que lo integran. Ahora bien, según el autor no se trata del establecimiento o reconocimiento de cualquier fin, sino de un fin que tenga "legitimidad constitucional" al estar previsto de manera expresa o implícita en la Constitución, para la protección de otros derechos o bienes constitucionales; y, además, que el fin tenga "relevancia social"<sup>14</sup>.

En cuanto al primer aspecto, debe señalarse que el texto constitucional indica de manera expresa o implícita los fines que justifican la limitación de derechos fundamentales. Sin embargo, no siempre es fácil de determinar si un fin tiene relevancia constitucional, al carecer de reconocimiento expreso.

13. González-Cuellar. Ob cit. p. 99.

14. Ibid. cf. 101-105. En igual sentido se pronuncia Casado Pérez. Ob. cit. p. 187.

Pérez Tremps<sup>15</sup> haciendo una tipología de los límites a los derechos fundamentales de nuestra Constitución señala que pueden ser internos y externos, y éstos últimos pueden ser a su vez expresos e implícitos. Los expresos pueden estar establecidos con carácter general para todos los derechos fundamentales o bien respecto de un derecho en particular.

Al hacer uso de la tipología anterior y elaborar una identificación de los fines constitucionales relevantes para la limitación de derechos fundamentales encontramos algunos que son de carácter general y que rigen para todos los derechos fundamentales. Entre estos fines enunciados expresamente en el texto constitucional tenemos: i) El fin de protección de la igualdad. El Art. 3 Cn establece que la ley no puede establecer restricciones basadas en diferencias de nacionalidad, raza, sexo o religión. ii) El fin de tutela de la dignidad humana. El Art. 10 Cn prohíbe que la ley pueda autorizar actos que lesionen la dignidad humana.

Asimismo, encontramos algunos fines reconocidos expresamente respecto de derechos fundamentales concretos. Entre ellos tenemos: i) El orden público, la moral, el honor y la vida privada de los demás. Estos casos se reconocen como límite para el derecho a la libertad de expresión tutelado por el Art. 6 Cn. ii) El orden público y la moral se mencionan como límites al derecho a la libertad religiosa protegido en el Art. 25 Cn. iii) La flagrancia del delito opera como límite al derecho a la inviolabilidad del domicilio del Art. 20 Cn.

Por otro lado, como fines que justifican la adopción de medidas que limitan derechos fundamentales tenemos otros, que aparecen de manera específica para ciertos derechos, tanto en la CADH como en el PIDCP. Estos son: i) La moral, orden público, seguridad nacional, interés de la vida privada de las partes e intereses de la justicia. Art. 8.5 CADH y Art. 14.1 PIDCP. Estos fines operan como límite para el derecho a un juicio público. ii) La seguridad, el orden, la salud, la moral pública, los derechos o libertades de los demás. Art. 12.3 CADH y Art. 18.3 PIDCP. Estos se reconocen como límites al derecho a la libertad religiosa. iii) El interés de la seguridad nacional, seguridad pública, el orden público, salud pública, moral pública, los derechos o libertades de los demás Art. 15 y 16.2 CADH y Arts. 21 y 22 PIDCP. Estos se reconocen como límites al

15. Pérez Tremps, Pablo: "Teoría General de los Derechos Fundamentales", en: Revista Justicia de Paz. Corte Suprema de Justicia-AECI. Proyecto de Asistencia Técnica a los Juzgados de Paz. Año II. Vol. II. Mayo-agosto. 1999. cf. p. 161.

derecho a la libertad de reunión y al derecho de asociación. iv) La utilidad pública y el interés social. Art. 21.2 CADH. Estos se reconocen como límites al derecho a la propiedad privada. v) La prevención de infracciones penales, la protección de la seguridad nacional, la seguridad pública, el orden público, la moral pública, la salud pública, los derechos o libertades de los demás. Art. 22.3 CADH y Arts. 12.3 y 13 PIDCP. El interés público en el Art. 22.4 CADH. Estos se reconocen como límites al derecho a la circulación y residencia. vi) El respeto a los derechos o reputación de los demás, protección de la seguridad nacional, orden público, salud o moral pública. Art. 13.2 CADH y Art. 19.3 PIDCP. Estos operan como límites al derecho a la libertad de expresión.

En relación al catálogo de fines que justifican la adopción de medidas que limitan o restringen derechos fundamentales, tanto los previstos en la Constitución como los previstos en los tratados de derechos humanos, conviene hacer algunas acotaciones que derivan del texto mismo de las disposiciones que los enuncian.

En primer lugar, existe una coincidencia axiológica entre el contenido de los derechos reconocidos en la Constitución y los que reconocen los instrumentos de derechos humanos citados. Asimismo, el reconocimiento de fines que justifican la limitación de los derechos es común al texto constitucional y a los instrumentos de derechos humanos. A diferencia del texto constitucional, los instrumentos de derechos humanos reconocen un contenido más amplio para los derechos y también se enuncian más fines legitimadores de las injerencias a los mismos.

En segundo lugar, las limitaciones sólo pueden realizarse por medio de una ley. Esta exigencia aparece expresamente para cada derecho fundamental reconocido. En el caso de la CADH, además de las referencias específicas previstas para cada derecho, se enuncia en el Art. 30 una cláusula general que prescribe la obligatoriedad de que los derechos fundamentales sólo se limiten por medio de una ley en sentido formal y cumpliendo ciertas exigencias materiales, de lo que se ha expuesto abundantemente con anterioridad.

En tercer lugar, en el reconocimiento de los derechos y los fines que legitiman su limitación previstos en los instrumentos de derechos humanos, se demanda expresamente que las restricciones deben ser necesarias en una sociedad democrática, con lo cual se establece una

conexión necesaria entre derechos, limitaciones y principio democrático.

En cuarto lugar, se establece unos límites que aunque se encuentran previstos para un derecho en particular, tienen vocación de generalidad o de ser aplicado a todos los derechos fundamentales, como es el fin de "respeto a los derechos y libertades de los demás" y la exigencia de que los fines que justifican la limitación de los derechos fundamentales "sean compatibles con los demás derechos reconocidos".

En quinto lugar, la enunciación de los fines específicos que justifican la limitación de los derechos fundamentales, presenta en muchos casos un grado de generalidad e indeterminación tan grande que corren el riesgo de ser aplicados para desnaturalizar o dejar sin contenido el derecho fundamental reconocido. Este es el caso de fines tan vagos e indeterminados como la seguridad nacional, el orden público y la moral pública. La Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia se ha encargado de señalar en su jurisprudencia que "la regulación de derechos fundamentales por la vía de cláusulas generales o conceptos jurídicos indeterminados sólo será constitucionalmente legítima si implica una ampliación del ámbito de protección otorgado por la Constitución a tales derechos, o de los no lo será, en cambio, si no asegura que dicho ámbito de protección o medios de protección no serán reducidos por los aplicadores de las disposiciones en referencia" 16.

La sentencia anterior enjuició la constitucionalidad de varias disposiciones de la Ley de Asociaciones y Fundaciones sin Fines de Lucro, entre ellos los Arts. 65 inc. 2, 74 y 75, en cuanto que la primera disposición autorizaba a la Dirección General del Registro de Asociaciones y Fundaciones para la no aprobación de los estatutos de una asociación si le encontraban contravenciones a la moral, al orden público o a las buenas costumbres; la segunda establecía que las asociaciones y fundaciones serían disueltas judicialmente cuando se comprobara que realizaban actividades contrarias a la moral, la seguridad y el orden público, y; finalmente, en cuanto autorizaba que la Fiscalía y el entonces Ministerio

16. Sentencia de Inconstitucionalidad Ref. 8-97 AC de las 12:00 horas del 23 de marzo de 2001. La sentencia estima con total acierto que el uso de conceptos jurídicos indeterminados en la "regulación de derechos fundamentales" es constitucionalmente legítima si implica una ampliación del ámbito de protección de los derechos, lo que sólo sería imaginable con el uso de conceptos como "dignidad humana", "libertad", "igualdad", etc. Sin embargo, la sentencia no aborda el difícil y espinoso tema del uso de conceptos jurídicos indeterminados por la misma Constitución establecidos como "límites" al reconocimiento de un derecho fundamental como sería el caso de los Arts. 6 y 25 Cn.

del Interior pretendieran la disolución de una asociación a partir de causales determinadas por medio de conceptos jurídicos indeterminados.

En los tres casos se declaró la inconstitucionalidad de las disposiciones citadas basada en tres tipos de argumentos: el uso de conceptos jurídicos indeterminados en las disposiciones legales referidas no garantizaba la certeza jurídica de la actuación de la autoridad administrativa, el uso de conceptos jurídicos indeterminados en la positivación de un derecho fundamental es una regulación inaceptable lesiva a la naturaleza de tal derecho y el uso de los mismos no garantizan la seguridad jurídica que a los derechos fundamentales debe acompañar desde su positivación.

Ferrajoli nos ha advertido también, en clave garantista, con abundantes ejemplos de conceptos jurídicos indeterminados y vagos, que una característica de las posturas autoritarias del "optimismo politológico" que consideran como bueno toda forma de poder, es que "los derechos de los ciudadanos resultan instrumentalizados por intereses públicos superiores a ellos, y a tal fin, limitados y disciplinados en virtud de cláusulas normalmente indeterminadas que los vacían de contenido" 17.

El uso de conceptos jurídicos excesivamente vagos e indeterminados se convierte, como señala el autor, en un instrumento fácil para dotar de cobertura o apariencia de legalidad a todo tipo de decisiones contrarias al respeto de los derechos fundamentales, en las que los operadores jurídicos encontrarían una fuente para dotar de aparente legitimidad a la decisión.

La problemática respecto de la existencia de fines que legitiman la limitación de derechos fundamentales también está presente tratándose de límites implícitos, en los que como ha señalado Pérez Tremps "se trata de límites que, aunque no se encuentren previstos de manera expresa, vienen impuestos por la propia lógica del ejercicio de derechos y del ordenamiento. Ahora bien, no cualquier bien o principio jurídicamente digno de protección puede actuar como límite de los Derechos Fundamentales. Si así fuera, resultaría sencillo para los poderes públicos vaciar de contenido dichos derechos mediante la invocación de esos supuestos principios o bienes. Esos límites implícitos a los derechos fundamentales han de

17. Ferrajoli, Luigi: "Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal". Perfecto Andrés Ibáñez, Alfonso Ruiz Miguel, Juan Carlos Bayón Mohino, Juan Terradillos Basoco y Rocío Cantarero Bandrés (trads.). 4ª. Edición. Trotta. Madrid, 2000. p. 885.

basarse siempre en bienes constitucionalmente protegidos" 18.

Lo expuesto permite concluir que cuando se trata de límites implícitos a los derechos fundamentales se corre el mismo o parecido riesgo que cuando se trata de límites expresos mediante el uso de cláusulas o conceptos jurídicos vagos e indeterminados, por ello para que un fin tenga legitimidad constitucional y actúe a la manera de límite, debe estar orientado a la protección de otros derechos o bienes constitucionales.

Por otro lado, tal como hemos señalado con anterioridad los fines deben tener relevancia social, lo que resulta ser una exigencia del establecimiento mismo de los fines en las normas que los contienen, en las cuales se exige que las limitaciones a los derechos fundamentales sólo se realicen en interés de los demás miembros de la sociedad.

En definitiva, la limitación o restricción de los derechos fundamentales debe realizarse si la misma se justifica por estar orientada hacia un fin previsto o amparado por la Constitución o los instrumentos de derechos humanos y que tenga relevancia social.

### 2.3. La medida debe ser adoptada por una autoridad jurisdiccional.

Las medidas que limitan o restringen derechos fundamentales sólo pueden ser adoptadas o controladas por una autoridad jurisdiccional, lo cual es una exigencia del propio texto constitucional.

González-Cuellar señala que "ciertos derechos constitucionales sólo pueden ser restringidos con autorización de un órgano judicial, por resolución motivada; intervención que ha de ser necesariamente previa a la limitación de ciertos derechos o producirse de modo inmediato tras la restricción de otros. En materia de restricción de derechos fundamentales, se ha dicho, los jueces no deben tener la última, sino la primera palabra" 19.

18. Pérez Tremps. Ob. cit. pp. 161-162.

19. González Cuellar. Ob. cit. p. 110. La exigencia de jurisdiccionalidad en la adopción de medidas que limitan o restringen derechos fundamentales también se encuentra en Asencio Mellado, José María: "Prueba Prohibida y Prueba Preconstituida". Trivium. Madrid, 1989. pp. 93-96. También la reconoce con carácter general para todos los derechos fundamentales y de manera específica para las intervenciones corporales y análisis de ADN. Etxebarria Guridi. Las Intervenciones Corporales... Ob. cit. p. 256 y ss. Etxebarria Guridi. Los análisis de ADN. Ob. cit. p. 146 y ss. De Urbano Castrillo. Ob. cit. p. 95. Para las intervenciones postales véase Assalís Vives. Ob. cit. p. 216-219. Montero Aroca. Detención y Apertura de la Correspondencia... Ob. cit. p. 127 y ss. Climent Durán, Carlos: "La Prueba Penal". Tirant lo blanch. Valencia, 1999. p. 1086. Para las intervenciones telefónicas véase Uría Martínez. Ob. cit. p. 257-262. De Urbano Castrillo. Ob. cit. p. 190 y ss. Climent Durán. Ob. cit. p. 857. Para las intervenciones de las comunicaciones orales directas Noya Ferreira. Ob. cit. p. 159 y ss. Para la intervención

La exigencia anterior corresponde a la jurisdiccionalidad de la adopción de medidas que limitan o restringen derechos fundamentales, exigencia que opera *ex ante* como mecanismo de autorización de la medida antes de ser ejecutada y como mecanismo *ex post* o de validación posterior de una decisión limitativa de derechos fundamentales adoptada inicialmente sin intervención judicial.

Casado Pérez al referirse a esta exigencia destaca el carácter genuinamente excepcional de los casos en los que no se requiere autorización judicial previa para la limitación o restricción de los derechos fundamentales "el principio, en fin, de la exclusividad jurisdiccional, salvo supuestos taxativos y excepcionales de detención administrativa (arts. 85, 239, 241 a 243 CPP) u otros referidos a derechos individuales que merecen, por su configuración, un tratamiento diferenciado, como es el caso de la requisita personal y del registro de vehículos, muebles y compartimentos cerrados (arts. 178 y 178-A CPP). En principio, será el juez de instrucción o, por razones de urgencia, el de paz quienes adopten motivadamente y expresamente la correspondiente resolución autorizando o denegando la injerencia" 20.

A la anterior consideración sólo habría que observar que, si bien no se requiere autorización judicial previa en los casos mencionados por el autor, no significa que la realización de tales medidas limitativas de derechos fundamentales queden exentas de control judicial, sólo que el control deja de ser previo y pasa a ser posterior mediante la constatación del cumplimiento de los requisitos constitucionales y legales para su válida realización.

Asencio Mellado al referirse a la exigencia de jurisdiccionalidad en la adopción de medidas que limitan derechos fundamentales, señala que la misma tiene su reconocimiento en el Art. 117.3 de la Constitución española, que equivale al Art. 172 Cn salvadoreña, en virtud del cual corresponde al órgano jurisdiccional de manera exclusiva la potestad de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, en el cual "se viene a establecer, pues, en esta norma de rango constitucional el principio de exclusividad

de las comunicaciones en Internet Fernández Rodríguez. Ob. cit. p. 130 y ss. Para el registro domiciliario véase Barrientos Pacho, Jesús María: "Entrada y Registro en Domicilio Particular", en: La Prueba en el Proceso Penal. Manuales de Formación Continuada No. 12. Consejo General del Poder Judicial. Madrid, 2000. pp. 308-309. Rascón Ortega, Juan Luis: "El Punto de Partida: La Inviolabilidad Domiciliaria como Derecho Fundamental", en: Revista del Poder Judicial. Consejo General del Poder Judicial. 3ª. Época. No. 58. Segundo Trimestre 2000. p. 25 y ss. De Urbano Castrillo. Ob. cit. p. 151 y ss. Climent Durán. Ob. cit. p. 812 y ss.

20. Casado Pérez. Ob. cit. pp. 182-183.

jurisdiccional que comporta, entre otras cosas, el monopolio de la Jurisdicción en todos aquellos aspectos que supongan alguna limitación o restricción a los derechos y libertades fundamentales reconocidos a los ciudadanos”<sup>21</sup>.

La potestad reconocida a la autoridad jurisdiccional para limitar o restringir derechos fundamentales se encuentra prevista en el Art. 172 Cn, con carácter general para todos los derechos fundamentales, tal como comenta el autor antes citado. Adicional a ello, el texto constitucional determina de manera expresa y específica para algunos derechos fundamentales que su limitación o restricción la adopte una autoridad jurisdiccional. Es el caso del derecho a no ser obligado a cambiar de domicilio salvo mandato de “autoridad judicial” del Art. 5 inc. 2 Cn y el derecho a la inviolabilidad domiciliar para el cual se requiere “mandato judicial” en el Art. 20 Cn.

La exigencia de jurisdiccionalidad para limitar o restringir derechos fundamentales, consideramos, según lo establece el Art. 172 Cn y las disposiciones constitucionales específicas que exigen la intervención judicial, que es un requisito ineludible. Lo que no parece ineludible y tampoco puede llevarse más allá de sus justas dimensiones es el carácter previo de la autorización de la medida limitativa de derechos.

Asencio Mellado ha señalado al respecto que las legislaciones “suelen sancionar la legitimidad del Ministerio Fiscal e, incluso, de la Policía, para intervenir derechos fundamentales en casos de especial urgencia si es atendible un concreto peligro de frustración de la investigación derivado del retraso en la actuación”<sup>22</sup>.

La referencia anterior tiene plena acogida en nuestro sistema jurídico, en el cual, el Art. 180 CPP faculta a la Fiscalía y a la Policía a realizar el secuestro de objetos que tenga utilidad y relevancia procesal. La legitimidad constitucional de esta norma ha sido reconocida por la honorable Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia al expresar que “con relación a la FGR, tal facultad se muestra acorde con la función constitucional que le ha sido encomendada conforme los ords. 3° y 4° del art. 193, esto es, la investigación del delito y la promoción de

21. Asencio Mellado. Ob. cit. p. 93.

22. Ibid. p. 94.

la acción penal ante los tribunales competentes. Y para tales efectos, el estatuto procesal penal vigente en su art. 238 establece claramente que, al tenerse conocimiento de la perpetración de un hecho delictivo, el ente fiscal iniciará investigación respectiva, recogiendo con urgencia los elementos de prueba cuya pérdida es de temer, o si estima necesaria la práctica de un acto de prueba definitiva e irreproducible, solicitará la autorización jurisdiccional pertinente”<sup>23</sup>.

En relación a la Policía también la misma sentencia reconoció su validez constitucional al señalar en relación al Art. 180 inc. 2 CPP que “el artículo transcrito establece la jurisdiccionalidad como requisito general de validez del secuestro. Pero enseguida introduce una regulación excepcional, para que “en casos urgentes”, las dos entidades que constitucionalmente comparten la responsabilidad por la investigación eficaz del delito, puedan ordenar dicha medida, la cual, en todo caso, se debe someter a ratificación judicial dentro de un plazo significativamente breve. Esta posibilidad excepcional o condicionada de actuación propia de la policía, con relación al secuestro de objetos, es compatible con los lineamientos constitucionales sobre el nexo entre la FGR y la PNC en la investigación del delito. Es incuestionable el rol protagónico que el Ministerio Público Fiscal tiene en el proceso penal y que requiere su intervención activa y directa en cada una de las fases del mismo. Sin embargo, el inc. 2° del art. 180 Pr.Pn. no establece la ausencia o sustitución *generalizada* del fiscal la obtención de los objetos útiles para los fines del proceso, sino que únicamente reconoce un campo de intervención excepcional, transitoria y siempre controlable de la policía, para “colaborar” con una investigación y persecución penal eficaz del delito. La importante función de “dirección” de la investigación, que la Constitución encarga al Fiscal, debe cumplirse con la razonable consideración de los supuestos, no precisamente extraordinarios, en que cualquier dilación pondría en riesgo la utilidad de la persecución penal, por ejemplo, ante el peligro de desaparecimiento, alteración o destrucción de los objetos relevantes para los fines procesales”<sup>24</sup>.

Lo que no puede perderse de vista tal como expresa la sentencia es que aún en aquellos casos en los que la ley faculta a la Fiscalía y a la Policía para limitar o restringir derechos fundamentales, la autoridad jurisdiccional siempre tiene el control de la medida por medio de su

23. Sentencia de inconstitucionalidad Ref. 21-2006 de las 8: 20 horas del 5 de diciembre de 2006.

24. Ibid.

ratificación o convalidación posterior, como también mediante la verificación del cumplimiento de los requisitos de constitucionalidad y legalidad del acto.

Lo anterior pone de manifiesto que la exigencia de jurisdiccionalidad para la adopción de medidas que limitan o restringen derechos fundamentales opera mediante autorización previa y excepcionalmente mediante ratificación a *posteriori* del acto realizado por la Fiscalía y la Policía.

La tesis anterior tiene plena acogida en el texto constitucional como en el CPP, quedando en evidencia que la restricción a los derechos fundamentales sólo puede realizarse por un juez y bajo las modalidades señaladas. En algunos casos, adicional a la exigencia de autorización previa se exige el control judicial concomitante al acto, como en el registro domiciliar cuando se exige la presencia del juez en los casos de los Arts. 173 y 270 CPP.

La exigencia de autorización previa se encuentra prevista en los casos siguientes: i) La libertad ambulatoria del Art. 5 inc. 2 el cual prohíbe que alguien sea obligado a cambiar de domicilio o residencia, sino por mandato de autoridad judicial; ii) La inviolabilidad domiciliar del Art. 20 Cn que exige mandato judicial previo para ingresar a una morada.

La exigencia de ratificación posterior al acto que limita derechos fundamentales se encuentra prevista en los casos siguientes: i) La libertad ambulatoria puede ser restringida por un particular según el Art. 13 Cn para entregar a la persona a inmediata disposición de la autoridad jurisdiccional; ii) El secuestro de objetos puede realizarse de manera excepcional por la Policía y Fiscalía General de la República para ser sometida la medida a ratificación judicial (Art. 180 CPP).

La exigencia de que sólo la autoridad jurisdiccional limite o restrinja derechos fundamentales no obedece a un puro capricho del Constituyente, sino que tiene una determinada razón de ser en un Estado de Derecho, la que ha expuesto con entera claridad Ferrajoli al señalar que "el poder judicial se configura, respecto de los otros poderes del estado, como un **contra-poder**, en el doble sentido de que tiene encomendado el control de la legalidad, es decir, de validez de los actos legislativos tanto como el de los administrativos, y la tutela de los derechos fundamentales de los

ciudadanos frente a las lesiones que pudieran provenir del estado"

25.

La jurisdiccionalidad de las medidas que limitan derechos fundamentales viene a representar un control interorgánico, que realiza el juez respecto de los actos legislativos y de aplicación de las autoridades administrativas (Fiscalía y Policía) en el ámbito del proceso penal, todo en función de velar por el respeto a los derechos fundamentales, ya que si para el respeto de sus derechos sería encomendarlos al Legislativo y al Ejecutivo, instancias de carácter político que carecen de imparcialidad en la adopción de sus decisiones.

En definitiva, la limitación o restricción de derechos fundamentales sólo puede ser autorizada o validada por una autoridad jurisdiccional mediante el mecanismo de autorización previo o mediante ratificación a *posteriori* del acto.

#### 2.4. La medida debe estar motivada.

La motivación o justificación de las decisiones judiciales en general y de la sentencia en particular, independientemente del tipo de materia de que se trate, es una exigencia que se puede considerar parte integrante de la cultura jurídica de las sociedades democráticas y del Estado Constitucional de Derecho. La motivación o justificación de las decisiones judiciales ha venido a ser un lugar común de la cultura jurídico-constitucional moderna y de lo que encontramos abundante literatura<sup>26</sup>.

Motivar, señala Fernández Entralgo, significa "justificar la decisión tomada, proporcionando una argumentación convincente, e indicando los

25. Ferrajoli. Ob. cit. p. 580.

26. La literatura sobre el tema es amplísima. A manera de ejemplo véase Colomer Hernández, Ignacio: "La Motivación de las Sentencias: Sus Exigencias constitucionales y legales". Tirant lo blanch. Valencia, 2003. Igarúa Salaverría, Juan: "La Motivación de las Sentencias, Imperativo Constitucional". Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid, 2003. Aamio, Aulir: "Lo Racional como Razonable. Un Tratado sobre la Justificación Jurídica". Centro de Estudios Constitucionales. Madrid, 1991. Alexy, Robert: "Teoría de la Argumentación Jurídica". M. Alfenza e I. Espejo (trads.). Centro de Estudios Constitucionales. Madrid, 1989. Alfenza, Manuel: "Las Razones del Derecho. Teoría de la Argumentación Jurídica". Centro de Estudios Constitucionales. Madrid. Gascón Abellán, Marina y García Figueroa, Jaime Alfonso: "Interpretación y Argumentación Jurídica". San Salvador, El Salvador. Consejo Nacional de la Judicatura. Escuela de Capacitación Judicial. 2003. Bonorino, Pablo Raúl: "Justificación de las Sentencias Penales. Una perspectiva lógica y conceptual". PNUD-CNJ. San Salvador, El Salvador, 2004. Con múltiples referencias al ordenamiento jurídico salvadoreño y a las privaciones de libertad véase Consejo Nacional de la Judicatura: "Ensayos No. 1. Tres Temas Fundamentales sobre la Fase Inicial del Proceso Penal". San Salvador, El Salvador. 1999.

fundamentos de las operaciones que el Juez efectúa<sup>27</sup>.

La motivación o justificación de las decisiones judiciales representa, conforme a lo anterior, una actividad en virtud de la cual se aportan las razones que fundamentan una decisión adoptada, de manera que no sea el resultado del capricho o la arbitrariedad del funcionario decisor.

La motivación de las decisiones jurídicas cumple unas determinadas funciones que han sido consolidadas en la dogmática constitucional y procesal. Colomer Hernández se refiere a ellas y señala que la motivación cumple una función endoprocesal y una función extraprocesal.

La primera "comprende tanto la función de decisión, como la función de control de dicha decisión. El papel de la motivación debe ser por tanto doble: por una parte, trazar los límites de la decisión, y de otra parte, controlar la decisión" y la segunda consiste en "permitir un control difuso sobre el ejercicio de la potestad jurisdiccional. Tal control democrático difuso, que viene ejercido por la sociedad en general, se apoya en diversas funciones desempeñadas por la motivación que tiene como característica común el hecho de ser integrantes de una concepción democrática de la jurisdicción"<sup>28</sup>.

La motivación o justificación de las decisiones judiciales opera, a partir de sus funciones, como un mecanismo de proscripción de la arbitrariedad en la toma de decisiones de los funcionarios públicos, que permite a las partes del proceso controlar o impugnar la decisión, y también posibilita a la sociedad controlar la toma de decisiones de los funcionarios que ostentan el ejercicio de las funciones públicas.

Aamio al referirse a la responsabilidad de justificar las decisiones judiciales distingue dos perspectivas respecto a la misma que corresponden a la forma en que se asume esa responsabilidad, una basada "en autoridad"

27. Fernández Entralgo, Jesús: La Motivación de las Resoluciones Judiciales en la Doctrina del Tribunal Constitucional", en: Revista Poder Judicial. Número Especial. VI. p. 57. Gascón Abellán la define como "la motivación es justificación, exposición de las razones que el órgano en cuestión ha dado para mostrar que su decisión es correcta o aceptable, y constituye así una exigencia del Estado de Derecho, en cuanto modelo de Estado enemigo de la arbitrariedad del poder". Véase Gascón Abellán, Marina: "Los Hechos en el Derecho. Bases argumentales de la prueba". Marcials Pons. Madrid, 1999. p. 191.

28. Colomer Hernández. Ob. cit. pp. 129 y 139. Ferrajoli considera a la motivación como "una garantía de cierre del sistema garantista" y señala que la misma "permite la fundamentación y el control de las decisiones tanto en derecho, por violación de ley o defectos de interpretación o subsunción, como en hecho, por defecto o insuficiencia de pruebas o bien por inadecuada explicación del nexo entre convicción y pruebas". Véase Ferrajoli. Ob. cit. pp. 622-623.

y la otra basada "en razones". En la primera "el uso sofisticado de la autoridad reduce el contenido de la decisión a una posición de menor importancia. El decisor justifica su decisión haciendo referencia a su autoridad. Esta idea puede ser formulada de la siguiente manera: la decisión es la correcta ya que es la interpretación de una ley válida por parte del tribunal"<sup>29</sup>.

La perspectiva anterior representa un modelo de toma de decisiones autoritarias, impropio de un modelo de sociedad democrática, en la que el poder se debe ejercer no de manera vertical, ni carente de razones convincentes, sino que debe ser la expresión de razones que se exterioricen y puedan ser aceptadas o controladas por los demás. No se trata de creer que se tiene la razón porque se es autoridad sino en proporcionar razones de la toma de una decisión.

La otra forma de asumir la responsabilidad de justificar las decisiones judiciales, la que se basa en razones, es aquella en la que "el decisor ya no puede apoyarse, en una mera autoridad formal. En una sociedad moderna, la gente exige no sólo decisiones dotadas de autoridad sino que pide razones. Esto vale también para la administración de justicia. La responsabilidad del juez se ha convertido cada vez más en la responsabilidad de justificar sus decisiones. La base para el uso del poder por parte del juez reside en la aceptabilidad de sus decisiones y no en la posición formal de poder que pueda tener. En este sentido, la responsabilidad de ofrecer justificación es, específicamente, una responsabilidad de maximizar el control público de la decisión. Así pues, la presentación de la justificación es siempre también un medio para asegurar, sobre una base racional, la existencia de la certeza jurídica en la sociedad"<sup>30</sup>.

El sentido actual de la responsabilidad de justificar las decisiones judiciales está basado en el hecho de que las razones aportadas por el juez sean aceptadas por los demás y que permitan su control a la hora de disentir sobre lo decidido. Es, entonces, una exigencia ético-jurídica que posibilita el ejercicio del derecho de defensa y la seguridad jurídica por parte de los destinatarios de las mismas.

La motivación de las decisiones judiciales que limitan o restringen derechos fundamentales es sólo una exigencia específica de la obligación,

29. Aamio. Ob. cit. p. 28.

30. Ibid. p. 29.

más general, de motivar o justificar las decisiones jurídicas. González-Cuellar refiriéndose a ella señala que "el deber de exteriorización de los fundamentos de las decisiones restrictivas de los derechos constitucionalmente tutelados, adoptados por los jueces y tribunales, no sólo tiene como fin hacer posible el derecho de defensa de los ciudadanos y el control jurisdiccional de las decisiones de los órganos inferiores. Al igual que en la imposición del deber de motivación de otras resoluciones judiciales, como ya hemos visto, hay otras razones en juego, que acrecientan su importancia cuando se trata de la limitación de los derechos fundamentales (lograr el convencimiento de las partes y de la sociedad, impedir la arbitrariedad en la aplicación de la ley...)"<sup>31</sup>.

La responsabilidad de justificar las decisiones judiciales que limitan derechos fundamentales está relacionada, como expresa el autor, con el ejercicio de determinados derechos fundamentales: el derecho de defensa y el derecho de impugnación, éste último como expresión más específica del primero. Asimismo, habría que relacionar la responsabilidad de justificación de las decisiones jurídicas con el derecho fundamental a la seguridad jurídica.

La motivación de las decisiones judiciales tiene fundamento o rango constitucional. La exigencia de motivación de las decisiones judiciales encuentra su fundamento en diferentes normas de la Constitución. Así, en el Art. 1 y 2 que establecen los fines del Estado en relación con la persona, siendo uno de ellos el respeto a su dignidad en una sociedad democrática. También en los Arts. 2, 11 y 12 que establecen el derecho a la protección jurisdiccional y defensa en juicio, ya que uno de los presupuestos de todo acto de defensa es conocer las razones o argumentos respecto de los cuales se va a defender la persona.

La jurisprudencia de la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia ha reconocido el valor normativo de la obligación de motivar las resoluciones judiciales estableciendo diferentes criterios sobre tal obligación. Aunque la jurisprudencia es profusa y abundante conviene destacar los tópicos más relevantes de algunas resoluciones. En primer lugar, se le vincula a la eliminación de todo sentido de arbitrariedad, con el derecho a la seguridad jurídica, el derecho de defensa y el control de

31. González-Cuellar. Ob. cit. p. 144.

la actividad jurisdiccional y administrativa en vía de recursos<sup>32</sup>.

Una sentencia bastante más significativa en la forma de exponer las múltiples funciones de la motivación es la que se señala que "toda providencia judicial debe explicitar los motivos que respaldan su adopción, de tal suerte que se posibilite la realización de múltiples funciones: satisfacer el requisito de publicidad, establecer la razonabilidad de la decisión, permitir la efectividad de los recursos, y poner de manifiesto la sumisión del juez a la Constitución y a la ley, en tanto que éste evidencia las causas por las cuales los hechos instruidos encajan en el precepto normativo aplicado"<sup>33</sup>.

La sentencia anterior recoge con mucha claridad las variadas funciones que cumple la motivación de las resoluciones judiciales y que han sido objeto de tratamiento en la dogmática constitucional y procesal. A las funciones tradicionales ya consideradas (intraprocesal y extraprocesal), en esto radica el mérito de esta sentencia, se añade algunas funciones de la motivación propias de un Estado de Derecho como es la de razonabilidad de la decisión y la sumisión del juez a la Constitución y a la ley.

En lo que se refiere al estilo de la motivación la jurisprudencia constitucional ha señalado que "la exigencia de motivación no llega a extremos tales de exigir una exposición extensa y prolija de las razones que llevan al juzgador a resolver en tal o cual sentido; basta con exponer en forma breve, sencilla pero concisa, los motivos de la decisión jurisdiccional, de tal manera que tanto la persona a quien se dirige la resolución, como cualquier otro interesado en la misma, logre comprender y enterarse de las razones que la informan"<sup>34</sup>.

Las características de estilo que exige la jurisprudencia constitucional son: brevedad, sencillez y concisión. La finalidad vinculada a tales características es instrumental a la consecución de la comprensión de las razones de la decisión por sus destinatarios.

32. Amparo Ref. A-548-2004 de las 13:54 horas del 21 de marzo de 2006. Habeas corpus Ref. 102-2005 de las 12: 13 horas del 9 de enero de 2006. Habeas corpus Ref. 181-2005 de las 12:04 horas de 17 de febrero de 2006. Habeas corpus Ref. 88-2005 de las 12: 21 de 20 de febrero de 2006. Habeas corpus Ref. 24-2006 de las 12: 04 horas del 20 de marzo de 2006. Habeas corpus Ref. 126-2005 de las 12: 13 horas del 20 de marzo de 2006. Habeas corpus Ref. 203-2005 de las 12: 22 horas del 20 de marzo de 2006. Habeas corpus Ref. 121-2005 R de las 12: 23 horas del 30 de marzo de 2006.

33. Habeas corpus Ref. 182-2005 de las 12: 08 horas del 27 de marzo de 2006.

34. Habeas corpus Ref. 181-2005 de las 12:04 horas de 17 de febrero de 2006. También las sentencias de Habeas corpus Ref. 88-2005 de las 12: 21 de 20 de febrero de 2006. Habeas corpus Ref. 126-2005 de las 12: 13 horas del 20 de marzo de 2006.

Por otro lado, de manera más específica en lo relativo a la limitación o restricción de los derechos fundamentales, la jurisprudencia constitucional ha establecido que "el derecho de defensa comprende el derecho a obtener de las autoridades judiciales resoluciones motivadas, y con mayor razón cuando de alguna manera se está restringiendo derechos fundamentales, de modo que el juez que conoce de un proceso, debe exteriorizar las razones de su resolución, es decir debe explicar los elementos de convicción y los fundamentos de derecho que lo levantan a tomar su decisión" <sup>35</sup>.

En el criterio jurisprudencial anterior se advierte que la exigencia de motivación rige con carácter general para todas las resoluciones judiciales. Sin embargo, cuando la resolución judicial limita o restringe un derecho fundamental, la exigencia es mayor, ya que se trata de afectar el ejercicio de los derechos fundamentales.

La motivación de las resoluciones judiciales también es una exigencia legal. El Art. 130 CPP expresamente impone el deber de motivación de las resoluciones judiciales, no sólo de las decisiones que limitan derechos fundamentales, sino de todas aquellas respecto de las cuales sea posible impugnarlas.

Pedraz Penalva al comentar la disposición legal anterior señala que "la fundamentación o motivación de las resoluciones judiciales es la explicación que realiza la propia resolución judicial de las razones por las que se ha llegado a una conclusión de hecho o derecho, y, en consecuencia, por qué se adoptó una determinada decisión. Ya el art. 3 CPP al enunciar como uno de los principios básicos del proceso el de imparcialidad de los jueces obliga a estos a establecer en las actuaciones las circunstancias que perjudican o favorecen al imputado, y cuando tomen decisiones- añade el precepto- deberán fundamentar tales circunstancias y las pruebas de cargo y descargo. Esta obligación de fundamentar aparece configurada como una garantía para evitar la parcialidad de los jueces y por ello la arbitrariedad"<sup>36</sup>.

35. Habeas corpus Ref. 181-2005 de las 12:04 horas de 17 de febrero de 2006. Habeas corpus Ref. 96-2005 de las 12: 20 horas del 27 de febrero de 2006. Habeas corpus Ref. 88-2005 de las 12: 21 de 20 de febrero de 2006. Habeas corpus Ref. 24-2006 de las 12: 04 horas del 20 de marzo de 2006. Habeas corpus Ref. 126-2005 de las 12: 13 horas del 20 de marzo de 2006. Habeas corpus Ref. 203-2005 de las 12: 22 horas del 20 de marzo de 2006. Habeas corpus Ref. 121-2005 R de las 12: 23 horas del 30 de marzo de 2006.

36. Pedraz Penalva, Ernesto y otros: "Comentarios al Código Procesal Penal. Tomo II". Consejo Nacional de la Judicatura.-UTE-UPARSJ. San Salvador, El Salvador. 2003. p. 392.

En la concepción anterior puede establecerse una conexión axiológica entre motivación e imparcialidad. La motivación de las decisiones judiciales opera como garantía para la consecución de la imparcialidad, que representa una garantía de los justiciables frente a la administración de justicia.

En definitiva, la motivación de las decisiones judiciales es una exigencia constitucional y legal, que cumple diversas funciones *intra* y *extraprocesales*, vinculadas todas a la eficacia de los derechos fundamentales de la persona en el proceso, exigencia que es mayor cuando se trata de limitar o restringir derechos fundamentales.

## 2.5. La medida debe respetar el principio de proporcionalidad.

Las medidas que restringen derechos fundamentales deben respetar el principio de proporcionalidad, el cual también configura una exigencia con rango constitucional, en virtud de la cual se exige que la medida que se adopte sea idónea, necesaria y proporcionada en estricto sentido.

Bernal Pulido señala que "el principio de proporcionalidad se compone de tres reglas que toda intervención estatal en los derechos fundamentales debe observar para poder ser considerada como una intervención constitucionalmente legítima. Estas reglas son los subprincipios de idoneidad (o adecuación), necesidad y proporcionalidad en sentido estricto."<sup>37</sup>.

A partir de esa estructura básica del principio de proporcionalidad se deben satisfacer determinados requisitos para considerar que una restricción a los derechos fundamentales sea constitucionalmente válida.

La primera exigencia viene representada por el subprincipio de idoneidad o adecuación en virtud del cual "toda intervención en los derechos fundamentales debe ser idónea para contribuir a alcanzar un fin constitucionalmente legítimo"<sup>38</sup>.

37. Bernal Pulido, Carlos: "El Derecho de los Derechos. Escritos sobre la aplicación de los derechos fundamentales". Universidad Externado de Colombia. Bogotá, Colombia. 2005. p. 66. Sobre el principio de proporcionalidad como exigencia para la restricción de derechos fundamentales también puede verse Barnes, Javier: "El Principio de Proporcionalidad. Estudio preliminar", en: Cuadernos de Derecho Público No. 5. Instituto Nacional de Administración Pública. Septiembre-diciembre 1998. p. 15 y ss. González-Cuellar. Ob. cit. p. 151 y ss. Casado Pérez. Ob. cit. p. 185 y ss. Gascón Abellán. Interpretación... Ob. cit. p. 163 y ss.

38. *Ibid.* p. 67. González-Cuellar refiriéndose a esta misma exigencia señala que "constituye un criterio de carácter empírico, inserto en la prohibición constitucional de exceso, que hace referencia, tanto desde una perspectiva objetiva como subjetiva, a la causalidad de las medidas en relación con sus fines y exige que las injerencias

Según esta exigencia la medida que restringe derechos fundamentales debe ser idónea o adecuada para alcanzar el fin perseguido, fin que debe estar previsto o amparado por la Constitución o por los instrumentos de derechos humanos. La idoneidad de la medida que restringe derechos fundamentales haría referencia a la necesidad de una vinculación ineludible entre la medida y el fin que la misma persigue

La segunda exigencia está representada por el subprincipio de necesidad el cual exige que "toda intervención en los derechos fundamentales debe realizarse con la medida más favorable para el derecho intervenido de entre todas las medidas que revistan la misma idoneidad para alcanzar el objetivo perseguido"<sup>39</sup>.

La exigencia de necesidad para las medidas que limitan o restringen los derechos fundamentales exige considerar todas las medidas posibles que sean aptas para alcanzar el fin perseguido, lo cual obliga a compararlas todas, pero seleccionando aquella que resulte menos lesiva o invasiva de los derechos fundamentales de la persona.

La tercera exigencia está representada por el subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto en virtud del cual "la importancia del objetivo que persigue la intervención en el derecho fundamental debe estar en una relación adecuada con el significado del derecho intervenido. En otras palabras, las ventajas que se obtengan mediante la intervención en el derecho fundamental deben compensar los sacrificios que ello implica para su titular y para la sociedad en general"<sup>40</sup>.

El principio de proporcionalidad en sentido estricto implica entonces realizar una valoración y poner en una relación costos-beneficios el fin público que se persigue con la limitación o restricción del derecho fundamental en relación con el fin, también público, de respeto a los derechos fundamentales de la persona.

El reconocimiento del *status* constitucional del principio de proporcionalidad también ha sido realizado por la doctrina y jurisprudencia nacional. El anclaje constitucional del principio de proporcionalidad se ha

inferencias faciliten la obtención del éxito perseguido en virtud de su adecuación cualitativa, cuantitativa y de su ámbito subjetivo de aplicación". Véase González-Cueilar. Ob. cit. p. 154.

39. Ibid.

40. Ibid.

encontrado vinculando a la categoría de Estado de derecho, al valor justicia del Art. 1 Cn y a algunas disposiciones constitucionales como los Arts. 29 y ss. Y 168 No. 12 Cn señalándose que "el principio de proporcionalidad tiene rango constitucional y puede afirmarse su normatividad jurídica, para establecer la validez o invalidez de medidas que pretendan adoptarse para restringir derechos - sobre todo fundamentales - tanto por el legislador, como por los aplicadores de la normativa"<sup>41</sup>.

La jurisprudencia constitucional ha reconocido que el principio de proporcionalidad tiene rango constitucional. Las primeras referencias del principio, aunque sin especificar sus contenidos, se encuentran en las sentencias de amparo referencias 9-S-95, 21-C-96 y la Inc. 3-92 y 6-92 acumuladas de 17 de diciembre de 1992.

La consagración formal y explícita del principio de proporcionalidad la encontramos en la sentencia de inconstitucionalidad Ref. 15-96 de 14 de febrero de 1997. Entre los méritos de esta sentencia cabe señalar: 1) Vincula el principio de proporcionalidad con el Estado Constitucional de Derecho, el respeto de la dignidad de la persona humana y del régimen político determinado por la Constitución; 2) Señala el carácter racional del principio; 3) Fija los contenidos integrantes del principio (idoneidad, necesidad y ponderación de intereses); 4) Señala como campo de aplicación preferente del principio, aunque no único, el ámbito sancionatorio; 5) Señala que el principio tiene el carácter de "premisa esencial" que rige la actuación del Estado.

En definitiva podemos señalar que "el principio de proporcionalidad tiene rango constitucional y puede afirmarse su normatividad jurídica, para establecer la validez o invalidez de medidas que pretendan adoptarse para restringir derechos - sobre todo fundamentales - tanto por el legislador, como por los aplicadores de la normativa"<sup>42</sup>.

Los subprincipios integrantes del principio de proporcionalidad, tal como han sido configurados por nuestra Sala de lo Constitucional, son los que se exponen a continuación.

41. Consejo Nacional de la Judicatura: "Ensayos No. 1. Tres Temas Fundamentales sobre la Fase Inicial del Proceso Penal". San Salvador, 1999. p.158.

42. Ibid.

Como exigencia del principio de proporcionalidad, señala nuestra Sala de lo Constitucional, se encuentra la "idoneidad de los medios empleados – en el sentido que la duración e intensidad de los medios deben ser los exigidos por la finalidad que se pretende alcanzar"<sup>43</sup>.

La Sala de lo Constitucional, al referirse al principio de idoneidad, está aludiendo a lo que la doctrina y jurisprudencia extranjera llama la "adecuación cuantitativa de la medida". No se refiere a la adecuación cualitativa de las medidas limitativas de derechos fundamentales, entendiéndose por tales aquellas que sean "cualitativamente aptas para alcanzar los fines previstos; esto es, idóneas por su propia naturaleza".<sup>44</sup>

Una medida restrictiva de derechos fundamentales puede ser, desde el punto de vista abstracto, cualitativamente apta para alcanzar el fin perseguido; y, sin embargo, resultar desproporcionada considerando todas las circunstancias concurrentes del caso concreto. Es por ello que el juicio de idoneidad exige, además de la verificación abstracta de la aptitud de la medida, que la "duración e intensidad" deban ser los necesarios para alcanzar la finalidad perseguida.

Asimismo, el juicio de idoneidad exige lo que se denomina "adecuación del ámbito subjetivo de aplicación de la medida". Esta exigencia de adecuación subjetiva (en el ámbito de aplicación) de las medidas restrictivas de derechos fundamentales demanda la individualización de los sujetos pasivos de la medida, la prohibición de la extensión indebida y la prohibición de la restricción indebida del ámbito subjetivo de aplicación de la medida.

La individualización de los sujetos pasivos requiere que "En un Estado democrático de Derecho las medidas limitativas de derechos fundamentales deben ser aplicadas previa la individualización de los particulares cuyos derechos sea preciso restringir con objeto de alcanzar los fines previstos por las normas que habilitan a los poderes públicos para practicar las injerencias".<sup>45</sup>

43. Corte Suprema de Justicia: "Sentencia de Inconstitucionalidad de los artículos: 2 inc. 2 y 4, 4, 6, 12, 14 inc. 1, 15 y 22 de la Ley Transitoria de Emergencia Contra la Delincuencia y el Crimen Organizado". Publicaciones Especiales. Corte Suprema de Justicia. No. 23. San Salvador, El Salvador, 1997, p.96.

44. González-Cueffar. Op. Cit. p. 160.

45. Ibid. p. 179.

Las medidas restrictivas de derechos fundamentales, como corolario de la dignidad humana del Art. 1 Cn, requieren que se individualice a los destinatarios de las mismas; en consecuencia, no pueden ser dirigidas en contra de grupos o colectivos indeterminados de personas. En el ámbito de la investigación penal la aplicación indiscriminada de medidas restrictivas de derechos fundamentales puede conducir a la aplicación de un derecho penal eficaz pero lesivo de la dignidad de la persona.

La prohibición de extensión indebida implica que "tras la individualización de los sujetos pasivos de la injerencia, la medida deberá aplicarse únicamente sobre estos, sin extenderse a otros cuyos derechos no sea necesario limitar para alcanzar el fin perseguido por la norma". 446 Ibid. p. 183.6

Desde esta prohibición, las medidas restrictivas de derechos fundamentales, no se pueden aplicar sobre aquellas personas que no sean los destinatarios individualizados de las mismas. Esto necesariamente implica hacer una valoración en el caso concreto y desde el punto de vista de las personas que resultan o pueden resultar afectadas considerando circunstancias tales como edad, sexo, ocupación, creencias, etc.

La prohibición de la restricción indebida exige que "las injerencias procesales penales deben ser aplicadas a todos aquellos cuyos derechos sea necesario limitar para alcanzar la finalidad prevista".<sup>47</sup>

Esta última exigencia está orientada a la eficacia de la medida. Si la medida que se pretende adoptar se muestra limitada para alcanzar la finalidad perseguida por la norma, la misma devendrá ineficaz.

También, como subprincipio integrante del principio de proporcionalidad, se encuentra la necesidad de la medida. Al respecto la Sala de lo Constitucional ha señalado que "se debe elegir la medida menos lesiva para los derechos fundamentales, es decir, la que permita alcanzar la finalidad perseguida con el menor sacrificio de los derechos e intereses del afectado".<sup>48</sup>

El juicio de necesidad de la medida es, fundamentalmente, un juicio comparativo. Obliga a la búsqueda de todo tipo de medidas que

47. Ibid. p. 185.

48. Corte Suprema de Justicia. Ob. cit. p. 96.

sean idóneas para alcanzar el fin perseguido y a elegir, de entre ellas aquellas, la que resulte menos lesiva de los derechos fundamentales de la persona.

Además, el juicio de necesidad de la medida adquiere "cuando de personas no sospechosas se trata, un significado complementario al general. La delicada posición de la víctima en casos como el señalado, en el que, a diferencia del inculpado, no es merecedora de ningún reproche social y a la que se le exige una colaboración activa en el esclarecimiento del hecho ignorando frecuentemente la traumática experiencia padecida, exige que el principio de proporcionalidad en su manifestación de la necesidad se aplique con el máximo rigor".<sup>49</sup>

El juicio de necesidad, tratándose de no imputados, requiere un control más intenso. Las medidas que limitan derechos fundamentales cuyos destinatarios sean la víctima y los testigos, al no ser destinatarios de la imputación, no pueden tener el mismo nivel de injerencia en el ámbito de sus derechos constitucionales; y, en consecuencia, tampoco pueden ser sometidos a las mismas medidas que un imputado.

El principio de proporcionalidad, tal como ha sido configurado por la Sala de lo Constitucional, requiere además realizar una "ponderación de intereses". Este juicio ponderativo, denominado proporcionalidad en sentido estricto, se realiza "a fin de determinar la existencia de una relación razonable o proporcionada de la medida con la importancia del bien jurídico que se persigue proteger".<sup>50</sup>

En definitiva, el juicio de proporcionalidad en sentido estricto exige considerar la tensión existente entre el interés público de persecución del delito previsto en el Art. 193 Ord. 3º y 4º Cn y el interés, igualmente público, de la protección de los derechos fundamentales de la persona en el marco de la investigación penal. En tal sentido, las medidas que limitan derechos fundamentales deben ser proporcionadas en sentido estricto. Esto significa que, al momento de su adopción, el juez debe valorar tanto el interés en la investigación penal como la concreta situación en que se encuentre el imputado.

49. González-Cuellar. Ob. Cit. p. 240-241.

50. Corta Suprema de Justicia. Ob. Cit. p. 96.

### 3. Conclusiones

Lo expuesto nos permite llegar a las conclusiones siguientes:

Para la eficacia de la investigación penal es necesario adoptar una serie de medidas que limitan o restringen los derechos de la persona en el proceso penal, sin las cuales no sería posible el descubrimiento del delito y la determinación de su autor, y que destinaría al sistema penal a su más absoluta ineficiencia, con los costos que ello tiene respecto a la justiciabilidad de los hechos que representan un atentado a las condiciones de convivencia de las personas en sociedad.

La necesidad de limitar o restringir los derechos de una persona para la investigación de un hecho delictivo proviene de la misma lógica del derecho y de la exigencia de alteridad que representa la existencia de un derecho y los derechos de los demás. Sin embargo, los actos de investigación que limitan derechos fundamentales deben reunir determinados presupuestos y requisitos, que derivan directamente de la Constitución, de la Ley procesal penal y de su configuración jurisprudencial.

Los presupuestos y requisitos de los actos de investigación que limitan derechos fundamentales, lejos de ser un obstáculo a la realización de los mismos, se convierten en garantía de eficacia para los órganos encargados de la investigación penal (Fiscalía General de la República y Policía Nacional Civil), de manera tal que surtan el adecuado efecto al momento del juicio, y no que sean privados de los mismos debido a la generación de ilegalidades e irregularidades procesales.

Los actos de investigación que limitan derechos fundamentales deben reunir tanto exigencias formales como sustanciales para su válida realización. La primera de tales exigencias está representada por la legalidad de la medida, la cual debe estar prevista en la Ley o en una fuente con igual o superior jerarquía normativa, lo que representa y enlaza con la sujeción del juez a la Constitución y a la Ley. Ahora bien, no se trata de cualquier ley sino de una que además de ser constitucional responda a las exigencias de la colectividad y sea aplicada conforme a las finalidades de la misma.

Las medidas limitativas de derechos fundamentales deben estar justificadas por un fin previsto en la Constitución de manera expresa o implícita, sin que pueda admitirse fines que vacíen de contenido el ejercicio de los derechos fundamentales, como las cláusulas vagas e indeterminadas de orden público, buenas costumbres, etc.

Por otro lado, las medidas que limitan o restringen derechos

fundamentales sólo pueden ser adoptadas o controladas por una autoridad jurisdiccional. Este control jurisdiccional es una exigencia del Art. 172 Cn y puede ser de manera previa, concomitante o a posterior a la realización del acto de limitación. Algunas veces el control puede ser de un acto ya ejecutado por la Policía y Fiscalía, caso en el cual la Ley adjetiva lo autoriza atendiendo a su urgencia, en cuyo caso el juez debe valorar si el acto realizado reunió las exigencias constitucionales y legales. El control judicial se extiende aún en aquellos casos en los cuales habiendo una previa autorización judicial el juez no ha intervenido en la fase de ejecución de la medida.

Las medidas que limitan o restringen derechos fundamentales también deben ser motivadas y respetar las exigencias derivadas del principio de proporcionalidad, lo cual supone poner en juego dos intereses públicos, como son la persecución penal del delito y el respeto a los derechos fundamentales de la persona.

#### 4. Bibliografía

##### - Libros y revistas

- Aamio, Aulis: "Lo Racional como Razonable. Un Tratado sobre la Justificación Jurídica". Centro de Estudios Constitucionales. Madrid, 1991.
- Aba Catoira, Ana: "La Limitación de los Derechos en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Español". Tirant lo blanch. Valencia, 1999.
- Alexy, Robert: "Teoría de la Argumentación Jurídica". M. Atienza e I. Espejo (trads.). Centro de Estudios Constitucionales. Madrid, 1989.
- Assalit Vives, José María: "Las Intervenciones Postales", en: La Prueba en el Proceso Penal. Manuales de Formación Continuada No. 12. Consejo General del Poder Judicial. Madrid, 2000.
- Asencio Mellado, José María: "Prueba Prohibida y Prueba Preconstituida". Trivium. Madrid. 1989.
- Atienza, Manuel: "Las Razones del Derecho. Teoría de la Argumentación Jurídica". Centro de Estudios Constitucionales. Madrid.

- Barnes, Javier: "El Principio de Proporcionalidad. Estudio preliminar", en: Cuadernos de Derecho Público No. 5. Instituto Nacional de Administración Pública. Septiembre-diciembre. 1998.
- Barrientos Pacho, Jesús María: "Entrada y Registro en Domicilio Particular", en: La Prueba en el Proceso Penal. Manuales de Formación Continuada No. 12. Consejo General del Poder Judicial. Madrid, 2000.
- Bernal Pulido, Carlos: "El Derecho de los Derechos. Escritos sobre la aplicación de los derechos fundamentales". Universidad Externado de Colombia. Bogotá, Colombia. 2005.
- Bonorino, Pablo Raúl: "Justificación de las Sentencias Penales. Una perspectiva lógica y conceptual". PNUD-CNJ. San Salvador, El Salvador, 2004.
- Cabezudo Bajo, María José: "La Entrada y Registro Domiciliario en el Proceso Penal", en: Investigación y Prueba en el Proceso Penal. Colex. Madrid, 2006.
- Cabezudo Bajo, María José: "La Protección del Domicilio. La Restricción a la Inviolabilidad del Domicilio en el Proceso Penal". Centro Francisco Tomás y Valiente. UNED Alzira. Colección Interencinas 24. Valencia, 2004.
- Casado Pérez, José María Casado: "La Prueba en el Proceso Penal Salvadoreño". Editorial Lis. San Salvador, El Salvador. 2001.
- Climent Durán, Carlos: "La Prueba Penal". Tirant lo blanch. Valencia, 1999.
- Colomer Hernández, Ignacio: "La Motivación de las Sentencias: Sus Exigencias constitucionales y legales". Tirant lo blanch. Valencia, 2003.
- Consejo Nacional de la Judicatura. Escuela de Capacitación Judicial: "Tres Temas Fundamentales Sobre la Fase Inicial del Proceso". San Salvador, 1999.
- Corte Suprema de Justicia: "Sentencia de Inconstitucionalidad de los

artículos: 2 inc. 2 y 4, 4, 6, 12, 14 inc. 1, 15 y 22 de la Ley Transitoria de Emergencia contra la Delincuencia y el Crimen Organizado". Publicaciones Especiales. No. 23. San Salvador, El Salvador. 1997.

De Cabo Martín, Carlos: "Sobre el Concepto de Ley". Trotta. Madrid, 2000.

De Urbano Castrillo, Eduardo: "La Prueba Ilícita Penal. Estudio Jurisprudencial". 2ª. Edición. Aranzadi. 2000.

Etxeberria Guridi, José Francisco: "Las Intervenciones Corporales: Su Practica y Valoración Como Prueba en el Proceso Penal. Inspecciones, registros y extracción de muestras corporales". Trivium. Colección Estudios Procésales Penales. Madrid. 1999.

Etxeberria Guridi, José Francisco: "Los Análisis de ADN y su Aplicación al Proceso Penal". Comares. Granada, 2000.

Fernández Entralgo, Jesús: "La Motivación de las Resoluciones Judiciales en la Doctrina del Tribunal Constitucional", en: Revista Poder Judicial. Número Especial. VI.

Fernández Rodríguez, José Julio: "Secreto e Intervención de las Comunicaciones en Internet". Thomson-Civitas. Madrid, 2004.

Ferrajoli, Luigi: "Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal". Traducción de Perfecto Andrés Ibáñez, Alfonso Ruiz Miguel, Juan Carlos Bayón Mohino, Juan Terradillos Basoco y Rocío Cantarero Bandrés. 4ª. Edición..Trotta. Madrid, 2000.

Gascón Abellán, Marina: "El Imperio de la Ley. Motivos para el desencanto", en: Jueces para la Democracia. No. 32. julio/1998.

Gascón Abellán, Marina y García Figueroa, Jaime Alfonso: "Interpretación y Argumentación Jurídica". San Salvador. Consejo Nacional de la Judicatura. Escuela de Capacitación Judicial. 2003.

Gascón Abellán, Marina: "Los Hechos en el Derecho. Bases argumentales de la prueba". Marcials Pons. Madrid, 1999.

González-Cuellar Serrano, Nicolás: "Proporcionalidad y Derechos Fundamentales en el Proceso Penal. Colex. Madrid, 1990.

Grote, Rainer: "Limitaciones para la Ley en la Regulación de los Derechos Humanos en el Derecho Europeo, con Especial Referencia al Derecho Alemán", en: Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano. 9ª. Edición. Konrad Adenauer Stiftung. Montevideo, Uruguay, 2003.

Igartua Salaverría, Juan: "La Motivación de las Sentencias, Imperativo Constitucional". Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid, 2003.

Jiménez Campo, Javier: "Derechos Fundamentales. Concepto y Garantías". Trotta. Madrid, 1999.

Lezertua, Manuel: "El Derecho a la Vida Privada y Familiar en la Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos", en: Cuadernos de Derecho Judicial. Perfiles del Derecho Constitucional a la Vida Privada y Familiar. Escuela Judicial. Consejo General del Poder Judicial. Madrid, 1996.

Montero Aroca, Juan: "Detención y Apertura de la Correspondencia y de los Paquetes Postales en el Proceso Penal". Tirant lo blanch. Valencia, 2000.

Montero Aroca, Juan: "La Intervención de las Comunicaciones Telefónicas en el Proceso Penal. Un estudio jurisprudencial". Tirant lo blanch. Valencia, 1999.

Noya Ferreriro, María Lourdes: "La Intervención de las Comunicaciones Orales Directas en el Proceso Penal". Tirant lo blanch. Valencia, 2000.

Pedraz Penalva, Ernesto y otros: "Comentarios al Código Procesal Penal. Tomo II". Consejo Nacional de la Judicatura.-UTE-UPARSJ. San Salvador, El Salvador. 2003.

Pérez Tremps, Pablo: "Teoría General de los Derechos Fundamentales", en: Revista Justicia de Paz. Corte Suprema de Justicia-AECI.

Proyecto de Asistencia Técnica a los Juzgados de Paz. Año II.  
Vol. II. Mayo-agosto. 1999.

Prieto Sanchís, Luís: "Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales".  
Trotta. Madrid, 2003.

Rascón Ortega, Juan Luis: "El Punto de Partida: La Inviolabilidad Domiciliaria  
como Derecho Fundamental", en: Revista del Poder Judicial.  
Consejo General del Poder Judicial. 3ª. Época. No. 58. Segundo  
Trimestre 2000.

Travieso, Juan Antonio: "La Corte Interamericana de Derechos Humanos.  
Opiniones Consultivas y Fallos. La Jurisprudencia de la Corte  
Interamericana de Derechos Humanos". Abeledo

Perrot. Buenos Aires, 1996.

Uría Martínez, Joan Francesc: "Intervenciones Telefónicas. Aproximación  
al estado de la cuestión", en: La Prueba en el Proceso Penal.  
Manuales de Formación Continuada No. 12. Consejo General del  
Poder Judicial. Madrid, 2000.

#### Jurisprudencia

Inconstitucionalidad Ref. 21-2006 de las 8: 20 horas del 5 de diciembre de  
2006.

Inconstitucionalidad Ref. 8-97 AC de las 12:00 horas del 23 de marzo de  
2001.

Amparo Ref. A-548-2004 de las 13:54 horas del 21 de marzo de 2006.

Habeas corpus Ref. 102-2005 de 12: 13 horas del 9 de enero de 2006.

Habeas corpus Ref. 181-2005 de 12:04 horas de 17 de febrero de 2006.

Habeas corpus Ref. 88-2005 de las 12: 21 horas de 20 de febrero de 2006.

Habeas corpus Ref. 24-2006 de las 12: 04 horas del 20 de marzo de 2006.

Habeas corpus Ref. 126-2005 de las 12: 13 horas del 20 de marzo de  
2006.

Habeas corpus Ref. 203-2005 de las 12: 22 horas del 20 de marzo de  
2006.

Habeas corpus Ref. 121-2005 R de las 12: 23 horas del 30 de marzo de  
2006.

Habeas corpus Ref. 96-2005 de las 12: 20 horas del 27 de febrero de  
2006.

Habeas corpus Ref. 182-2005 de las 12: 05 horas del 27 de marzo de  
2006.

## 6. BALANCE DE LA LEY PENITENCIARIA TRAS TRECE AÑOS DE VIGENCIA

Herbert Walter Aquino Silva  
Jefe Unidad Raos sin Sentencia CSJ  
Profesor de Derecho penitenciario  
Capacitador de la ECJ

### SUMARIO

I. Alcances, Balance de la Ley, A) Respecto al Órgano Judicial, a. Gran carencia de normas procesales, b. Poca definición en ciertas funciones atribuidas a los jueces de vigilancia penitenciaria y de ejecución de la pena, c. Discordante y atentatoria regulación sobre el pago de la responsabilidad civil, d. Consumo lo dispuesto por el artículo 134 de la Ley penitenciaria, concierne a la creación y organización de las Cámaras especializadas de Vigilancia Penitenciaria y de Ejecución de la Pena (Artículo 34 L.P.), B) Respecto al Ministerio Público, C) Respecto a la Dirección General de Centros Penales, a. Aún no sea definido el rol de la PGR y de la PGR en la fase de ejecución de la pena, b. La PGR y la FGR deben demandar el cumplimiento de los artículos 270 y 272 del Reglamento General de la Ley Penitenciaria, relativos a la inconformidad y la notificación obligatoria, C) Respecto a la Dirección General de Centros Penales, a. Adecuación y construcción de planta física, b. Revitalizar la Escuela Penitenciaria, c. Actualizar, aplicar y ampliar la cobertura de los programas de tratamiento penitenciario para toda la población reclusa penada, d. Superar el hacinamiento. Reintegrar la Comisión de Planificación y Coordinación prescrita por el artículo 138 L.P., III. Necesidad de algunas innovaciones.

### 1. ALCANCES

Uno de los más importantes logros de la Ley Penitenciaria, aparte de ser el culmen de la evolución en la ejecución de las penas privativas de libertad hacia un sistema progresivo, presidido por la finalidad readaptadora, fue que, por primera vez en El Salvador, se crea la figura del Juez de Vigilancia Penitenciaria y de ejecución de la pena.

Supuso un paso más hacia la auténtica judicialización de la ejecución de penas que exigían los artículos 172 de la Constitución y 51 número 16 de la ley Orgánica Judicial; y que hasta ese momento no se venía cumpliendo, pues tras la imposición de la pena, prácticamente la ejecución de la misma venía correspondiendo a la Administración Penitenciaria, con escasos controles de los Juzgados de lo Penal, por medio de las denominadas "visitas de cárcel" exigidas a los jueces conforme a los artículos 691 del Código de Procesal Penal de 1974.

Al Juez de Vigilancia Penitenciaria y de Ejecución de la pena le corresponde el control de la legalidad de la actuación administrativa, en el ámbito penitenciario, en los términos previstos en el art. 172 Constitución

y 35 inciso 2° de la Ley Penitenciaria; pero debe darse un paso adelante y consiste en la plena judicialización de la ejecución de penas privativas de libertad y, por eso, las tres ideas rectoras, que voy a proponer en este arqueo son las siguientes:

La ejecución de las sentencias penales es competencia exclusiva de los tribunales de justicia, ejercida por los tribunales sentenciadores y jueces de vigilancia penitenciaria y de ejecución de la pena.

Es necesario que algunas competencias de la Administración Penitenciaria, singularmente en materia de ubicación en fase del régimen progresivo y de encerramiento especial, sean exclusivas de los Jueces de Vigilancia Penitenciaria y de Ejecución de la Pena.

Salvo en el aspecto concreto de la custodia física del interno, las demás actividades, la Administración Penitenciaria actuará subordinada a los Jueces de Vigilancia Penitenciaria y de Ejecución de la Pena.

Estas tres premisas se justifican, porque en nuestro ordenamiento jurídico, consecuencia del principio de legalidad, prima el principio de "judicialización" o de "intervención judicial" en el cumplimiento de las penas y de las medidas de seguridad. La Sala de lo Constitucional, en la Sentencia de Inconstitucionalidad 5-99 del 20-VII-1999, considerando V.1. Expresa: *"...La potestad jurisdiccional, tanto en la fase declarativa o cognoscitiva -'juzgar'- como en la ejecutiva -'hacer ejecutar lo juzgado'-, así como la producción de cosa juzgada, sea atribuida como monopolio a los miembros que integran el Órgano Judicial, vedando a los demás órganos del Gobierno la asunción de las funciones jurisdiccionales"*. Aplicando al ámbito penitenciario, lo expresado por la Sala, se extrae que todas aquellas decisiones de la etapa de ejecución penal que impliquen una modificación de las condiciones cualitativas de cumplimiento de la pena impuesta (Verbigracia: tipo de centro penal en que se alojará el interno o su ubicación en el régimen progresivo una vez calificado por el organismo criminológico; aplicación de sanciones disciplinarias que importen privaciones de derechos, avances y retrocesos en el régimen progresivo, obtención de beneficios penitenciarios - salidas transitorias, semilibertad, libertad condicional, redención de pena por trabajo- etc.) conforme las prescripciones de la

Constitución, deben ser tomadas o controladas por un Juez, dentro de un proceso en el que se respeten las garantías propias del procedimiento penal.

Antes de pasar al balance propiamente, creo necesario retomar cierto principio filosófico llamado constructivismo, que en su posición más extrema, afirma que la realidad no existe sino que se construye. Una de sus más claras consecuencias es poner en duda aquello que nosotros llamamos verdad, aseverando la existencia de diferentes verdades, tantas como actores intervengan en una acción. Lo dicho tiene aplicación relevante al estudiar la cuestión penitenciaria en El Salvador.

Es muy diferente la visión sobre el tratamiento que tiene un Juez de Vigilancia, de la que tiene un psicólogo de la Dirección de Centros Penales, un criminólogo, los voluntarios de las ONGs. Cada uno tiende a crear construcciones de la realidad parcial, sesgada obviamente por la formación que han recibido o el rol que desempeña. Los jueces tienden a fijarse en las leyes que regulan la situación penitenciaria del interno, los psicólogos en su malestar o bienestar psicológico, los trabajadores sociales en su situación social y familiar. No olvidemos además como dentro de cada campo profesional (Jueces, Defensores Públicos y Fiscales) también existen visiones diferentes (utilización de la cárcel como ámbito de castigo o de readaptación social) Por tal razón el siguiente balance pretende ser multidisciplinar. Desde una perspectiva resocializadora y de reinserción, pretende aportar una visión un poco más completa de la situación de los internos, que aglutine la visión tanto psicológica, criminológica, legal e incluso presupuestaria de su tratamiento y su proceso de reinserción.

## 2. BALANCE DE LA LEY

Lo primero que hay que poner de manifiesto es la tardanza en la total y efectiva implantación de de la misma Ley Penitenciaria. Si bien se crea al Juez de Vigilancia Penitenciaria de ejecución de la pena en abril 1997, no empieza a funcionar hasta 1998. Pero más alarmante es la inexistencia de las Cámaras especializadas a que se refiere el artículo 134, que después de doce años aún no se han instaurado. Igual suerte transitaron, instituciones penitenciarias cardinales, como la clasificación de los centros penales y la organización del sistema progresivo de cumplimiento de penas. En los mismos términos se puede hacer referencia, a la comisión de planificación y coordinación, ordenada por la Ley

Penitenciaria en el artículo 136, de efímera y precaria duración. A continuación hago un recuento más puntual de esta realidad. Algunas van referidas al órgano Judicial, otras al Ministerio Público y de último a la Administración penitenciaria:

#### A. Respeto al Órgano Judicial

- a. Gran carencia de normas procesales. Una vez empiezan a funcionar los Jueces de Vigilancia Penitenciaria y de Ejecución de la pena lo hacen con una normativa adjetiva insuficiente, pues aparte de los artículos 43 al 47 de la Ley Penitenciaria, no se hallan en ninguna otra ley disposiciones similares, tampoco alguna remisión supletoria - tácita o expresa - a determinados preceptos del código procesal penal, que regularan los procedimientos de actuación ante el Juez de Vigilancia Penitenciaria y de Ejecución de la Pena en El Salvador. En consecuencia es insólito que pasados doce años de la vigencia de la Ley persista la ausencia de normas procesales específicas, incumpliendo así el legislador el artículo 12 de la Constitución, que expresa que a todos los salvadoreños, se les deben asegurar las garantías necesarias para su defensa. No hay razón ni limitación legal alguna para restringir tal derecho a solo las fases de instrucción y plenario; pues la actividad punitiva del Estado no se agota en aquellos períodos del procedimiento penal, sino que se extiende y materializa en la fase de ejecución que, con independencia de las diferentes tesis doctrinales sobre su naturaleza, no puede dejar de ser entendida como actividad jurisdiccional en la medida que supone hacer ejecutar lo juzgado.

Sin lugar a dudas, la jurisdicción de vigilancia penitenciaria y de ejecución de la pena es compleja, pero su regulación legal es insuficiente, dispersa e incoherente; no contempla muchas de las situaciones diarias que se plantean, no existe una jurisprudencia unificadora que haya ido asentando criterios prácticos y ciertos sobre la aplicación del derecho penitenciario; los Jueces de Vigilancia Penitenciaria y de Ejecución de la Pena, carecen de especialización. Carecen de asesoramiento (criminológico, psicológico) sobre la evolución de los internos distinto del que le ofrece la Administración penitenciaria cuyas resoluciones son precisamente las que ante él se recurren. La trascendencia de sus resoluciones es evidente, además de afectar a la libertad, permiten reducir cuantitativamente la pena impuesta, como en los casos

casos del artículo 105-A<sup>1</sup>; y cualitativamente pueden establecer un régimen de vida casi en libertad (Libertad condicional en cualquiera de sus tres modalidades: ordinaria, anticipada y la aplicada a los septuagenarios<sup>2</sup>). Hay que agregar la ausencia de debate en torno a las decisiones administrativas o jurisdiccionales debido a la opacidad en su rol, por parte de la Fiscalía y de la Procuraduría General de la República, en la fase penitenciaria.

- b. Poca definición en ciertas funciones atribuidas a los jueces de vigilancia penitenciaria y de ejecución de la pena. Lo que ha supuesto conflictos con los Tribunales Sentenciadores y con la propia Administración Penitenciaria. Las atribuciones deben ser muy precisas, huyendo de definiciones generales, como la que se contienen en los numerales 10, 11 y 12 de la Ley penitenciaria, que establece facultades de decisión al Juez de Vigilancia Penitenciaria y de Ejecución de la Pena pero, por otra parte el código penal y procesal penal también se las concede al juez de sentenciador.

Por lo que se refiere, a cómo deben concretarse las competencias en la relación del Juez de Vigilancia Penitenciaria y de ejecución de la pena con la Administración Penitenciaria, dicha concreción siempre debe estar presidida por el mandato constitucional del artículo 172 Cn. De este precepto constitucional se desprende que la ejecución de sentencias penales, que son las que contienen las condenas a penas privativas de libertad, corresponde a los jueces de vigilancia penitenciaria y de ejecución de la pena, por lo que, desde esta perspectiva, el papel que en la ejecución de penas privativas de libertad debe corresponder a la Administración es claramente **secundario y subordinado** a lo que resuelvan los jueces. Es lo que la doctrina tradicionalmente ha explicado señalando que las funciones que la Administración Penitenciaria tiene reconocidas son **delegadas** por los jueces, en definitiva, que

1. Redención de pena para el trabajo penitenciario

"Art. 105-A.- Dentro de la actividad de tratamiento orientada a la readaptación, el interno condenado podrá redimir su pena mediante el trabajo, a razón de dos días de pena por un día de labor efectiva. Dicha actividad será realizada bajo la dirección, control y supervisión del Consejo Criminológico Nacional y la Administración Penitenciaria, los que emitirán los lineamientos dentro de sus respectivas competencias. También podrá participar el interno procesado que voluntariamente se someta a dicha actividad laboral y quien gozará del anterior beneficio, si fuere condenado según sentencia definitiva ejecutoriada. Oportunamente, el Consejo Criminológico Nacional remitirá constancia de la actividad laboral realizada por el interno al Juzgado de Vigilancia Penitenciaria y de Ejecución de la Pena competente para que se efectúe rectificación del cómputo practicado, según lo establecido en el Art. 44, inciso final de la presente Ley..."

2. Conforme al Decreto Legislativo No. 208 de fecha 26 de noviembre de 2009, publicado en el Diario Oficial No. 223, Tomo 385 de fecha 27 de noviembre de 2009. (PRORROGA).

únicamente les correspondería aquellas funciones que materialmente no pueden realizar los jueces, esto es, la custodia de los reclusos. Por eso, la Administración Penitenciaria no está legitimada para recurrir las resoluciones de los jueces de vigilancia. Al ejercer funciones delegadas, pues la ejecución corresponde exclusivamente a los jueces, carecería de sentido que la Administración, que está obligada a ejecutar las resoluciones de los jueces en esta materia, pudiera discutir las mismas. Desde este punto de vista, la única interpretación posible del principio constitucional es que todas aquellas materias relacionadas con el tratamiento penitenciario que, directa o indirectamente, se tienen en cuenta en la concesión de beneficios penitenciarios deben estar bajo el control y supervisión de los jueces de vigilancia, y, que, en definitiva, los reclusos no puedan salir temporal o definitivamente de la prisión sin autorización de los jueces, ya sea, por ejemplo a través de permisos de salida por estar ubicados en fase de confianza (Art. 392 RGLP) o fase de semi libertad (Art. 394 RGLP), etc.

Sin embargo, la regulación actual que contiene la LP no respeta plenamente la judicialización de la ejecución de penas prevista constitucionalmente y a la que me he venido refiriendo, pues prevé que la Administración Penitenciaria sea la competente para colocar en fase ( Art. 266 RGLP), para ubicar en régimen de encierro especial (Art. 269 RGLP) o conceder el beneficio de la redención de penas por trabajo (Art. 105 -A) lo que supone un amplio margen de libertad a los internos (visitas a familiares, asistencia a medio tiempo para el aprendizaje vocacional, permisos de quince días de duración - desde las 6:00 a. m hasta las 6:00 p. m aprobados por la Administración y no por el Juez de Vigilancia Penitenciaria de ejecución de la pena ). A mi entender, la judicialización exige que la ubicación en fase debe efectuarse por los jueces, aunque sea previa propuesta de la Administración, pues de la clasificación en una y otra fase del régimen penitenciario, depende el elenco de derechos y deberes de los internos. Además el cambio favorecería, para que cada uno de los actores intervinientes en la ejecución de las penas privativas de libertad - incluyendo el Ministerio Público- tenga claro cuál es su papel, y se eviten malentendidos, como los que suceden actualmente, en que los Directores de los Centros Penales, se toman como afrontas

personales algunas decisiones de los jueces, cuando su papel es ejecutar y no discutir las resoluciones de la autoridad judicial. Incluso debería abordarse la dependencia orgánica de aquellos funcionarios penitenciarios encargados de adoptar decisiones tratamentales que inciden en derechos de los internos, que, como una suerte de policía judicial deberían depender de los jueces de vigilancia, pues en una materia, que es competencia exclusiva de los jueces, carece de sentido que dependan de la autoridad administrativa.

**c. Discordante y atentatoria regulación sobre el pago de la responsabilidad civil.** Para el acceso a la libertad condicional en cualquiera de sus formas, se ha introducido como "admiñículo", de forma improvisada la responsabilidad civil, cuando realmente este instituto nada tiene que ver con la ejecución penitenciaria de la pena privativa de libertad. Se ha regulado con una deficiente técnica legislativa pues lo que en principio aparece como una condición potestativa en el artículo 85 del Código penal, luego se regula como una exigencia plena en el artículo 51 inciso último de la Ley Penitenciaria; situación que podría caer en el escenario censurable de la prisión por deudas, abolida ya desde el Derecho Romano por la Ley Poetelia Papiria en el año 326 A.C. y que está prohibida por Tratados Internacionales suscritos por El Salvador. Pero los visos de inconstitucionalidad, se concentran aún más en el artículo 109 inciso segundo del Código Penal; al volver perpetua la pena de inhabilitación por la falta de pago de la responsabilidad civil. Al prescribir dicha norma: *"El condenado tiene derecho a solicitar la rehabilitación, siempre que haya satisfecho, en lo posible, las consecuencias civiles del delito"*. Sucede que la rehabilitación se obtiene por la concurrencia de dos circunstancias: extinción de la responsabilidad penal por alguna de las causas previstas en el artículo 96 del Código Penal y haber satisfecho en lo posible, las consecuencias civiles del delito. Acontece que muchos liberados cumplen la pena principal pero les subsiste la pena accesoria de inhabilitación, imposibilitándoles ejercer sus derechos políticos y la desaparición de sus antecedentes penales. Hecho último que obstaculiza la inserción laboral del mismo. Por tanto si nunca paga nunca será rehabilitado.

únicamente les correspondería aquellas funciones que materialmente no pueden realizar los jueces, esto es, la custodia de los reclusos. Por eso, la Administración Penitenciaria no está legitimada para recurrir las resoluciones de los jueces de vigilancia. Al ejercer funciones delegadas, pues la ejecución corresponde exclusivamente a los jueces, carecería de sentido que la Administración, que está obligada a ejecutar las resoluciones de los jueces en esta materia, pudiera discutir las mismas. Desde este punto de vista, la única interpretación posible del principio constitucional es que todas aquellas materias relacionadas con el tratamiento penitenciario que, directa o indirectamente, se tienen en cuenta en la concesión de beneficios penitenciarios deben estar bajo el control y supervisión de los jueces de vigilancia, y, que, en definitiva, los reclusos no puedan salir temporal o definitivamente de la prisión sin autorización de los jueces, ya sea, por ejemplo a través de permisos de salida por estar ubicados en fase de confianza (Art. 392 RGLP) o fase de semi libertad (Art. 394 RGLP), etc.

Sin embargo, la regulación actual que contiene la LP no respeta plenamente la judicialización de la ejecución de penas prevista constitucionalmente y a la que me he venido refiriendo, pues prevé que la Administración Penitenciaria sea la competente para colocar en fase (Art. 266 RGLP), para ubicar en régimen de encierro especial (Art. 269 RGLP) o conceder el beneficio de la redención de penas por trabajo (Art. 105 -A) lo que supone un amplio margen de libertad a los internos (visitas a familiares, asistencia a medio tiempo para el aprendizaje vocacional, permisos de quince días de duración - desde las 6:00 a. m hasta las 6: 00 p. m aprobados por la Administración y no por el Juez de Vigilancia Penitenciaria de ejecución de la pena ). A mi entender, la judicialización exige que la ubicación en fase debe efectuarse por los jueces, aunque sea previa propuesta de la Administración, pues de la clasificación en una y otra fase del régimen penitenciario, depende el elenco de derechos y deberes de los internos. Además el cambio favorecería, para que cada uno de los actores intervinientes en la ejecución de las penas privativas de libertad - incluyendo el Ministerio Público- tenga claro cuál es su papel, y se eviten malentendidos, como los que suceden actualmente, en que los Directores de los Centros Penales, se toman como afrontas

personales algunas decisiones de los jueces, cuando su papel es ejecutar y no discutir las resoluciones de la autoridad judicial. Incluso debería abordarse la dependencia orgánica de aquellos funcionarios penitenciarios encargados de adoptar decisiones tratamentales que inciden en derechos de los internos, que, como una suerte de policía judicial deberían depender de los jueces de vigilancia, pues en una materia, que es competencia exclusiva de los jueces, carece de sentido que dependan de la autoridad administrativa.

**c. Discordante y atentatoria regulación sobre el pago de la responsabilidad civil.** Para el acceso a la libertad condicional en cualquiera de sus formas, se ha introducido como "adnínfculo", de forma improvisada la responsabilidad civil, cuando realmente este instituto nada tiene que ver con la ejecución penitenciaria de la pena privativa de libertad. Se ha regulado con una deficiente técnica legislativa pues lo que en principio aparece como una condición potestativa en el artículo 85 del Código penal, luego se regula como una exigencia plena en el artículo 51 inciso último de la Ley Penitenciaria; situación que podría caer en el escenario censurable de la prisión por deudas, abolida ya desde el Derecho Romano por la Ley Poetelia Papiria en el año 326 A.C. y que está prohibida por Tratados Internacionales suscritos por El Salvador. Pero los visos de inconstitucionalidad, se concentran aún más en el artículo 109 inciso segundo del Código Penal; al volver perpetua la pena de inhabilitación por la falta de pago de la responsabilidad civil. Al prescribir dicha norma: *"El condenado tiene derecho a solicitar la rehabilitación, siempre que haya satisfecho, en lo posible, las consecuencias civiles del delito"*. Sucede que la rehabilitación se obtiene por la concurrencia de dos circunstancias: extinción de la responsabilidad penal por alguna de las causas previstas en el artículo 96 del Código Penal y haber satisfecho en lo posible, las consecuencias civiles del delito. Acontece que mucho liberados cumplen la pena principal pero les subsiste la pena accesoria de inhabilitación, imposibilitándoles ejercer sus derechos políticos y la desaparición de sus antecedentes penales. Hecho último que obstaculiza la inserción laboral del mismo. Por tanto si nunca paga nunca será rehabilitado.

d. Consumar lo dispuesto por el artículo 134 de la Ley penitenciaria, concerniente a la creación y organización de las Cámaras especializadas de Vigilancia Penitenciaria y de Ejecución de la Pena (Artículo 34 L.P).

#### B. Respecto al Ministerio Público.

a. Aún no sea definido el rol de la FGR y de la PGR en la fase de ejecución de la pena. La razón de ser o fundamento del derecho de defensa radica en el carácter contradictorio del proceso penal ("*actus trium personarum*"), en el que ante un tercero imparcial comparecen dos partes parciales, situadas en pie de igualdad y con plena contradicción, y plantean un conflicto para que aquél lo solucione actuando el derecho objetivo. Evidentemente, la puesta en práctica o efectividad de ese modelo procesal acusatorio requiere inexcusablemente la presencia, al menos, de una defensa técnica que en pie de igual enfrente las alegaciones y las pruebas de la acusación, ejercida habitualmente por la Fiscalía General de la República. Traslademos estas garantías procesales a la fase de ejecución de la pena. Derivación que se vuelve apremiante, conociendo uno de los enormes problemas del sistema penitenciario salvadoreño: *la concentración absoluta de poder del que goza la Administración en esta etapa*. El mismo que detentaba el inquisidor en la edad media. El mismo poder absoluto alrededor del cual orbitan, al parecer sin encontrar todavía su verdadero rol, el Ministerio Público y el Juez de Vigilancia Penitenciaria y de Ejecución de la Pena.

En la actualidad la jurisdicción de Vigilancia Penitenciaria y de Ejecución de la Pena padece de lagunas orgánicas y procesales, ya que no existe un específico proceso ni procedimiento para controlar los actos de la Administración Penitenciaria o del Departamento de Prueba y libertad Asistida; sin embargo, de facto, los diez Juzgados existentes, practican unos causes procedimentales, caracterizados por las notas de indefensión, desigualdad, secretismo, lentitud en los trámites y uso desmedido de la prueba tazada y de la escritura. En consecuencia la falta de una ley de procedimientos ante el Juez de Vigilancia Penitenciaria y de Ejecución de la pena, provoca que instituciones jurídicas-

penitenciarias, como el cómputo de pena, las quejas judiciales, los incidentes y recursos no puedan ser controladas en forma efectiva por el juez y vuelve a la Fiscalía y a la defensa Pública o privada, en agencias meramente decorativas; pues las posibilidades de inculpação y defensa son limitadas.

b. La PGR y La FGR deben demandar el cumplimiento de los artículos 270 y 272 del Reglamento General de la Ley Penitenciaria, relativos a la inconformidad y la notificación obligatoria.

#### C. Respecto a la Dirección General de Centros Penales.

a. *Adecuación y construcción de planta física:* En El Salvador, tras doce años de vigencia de la ley penitenciaria se puede visitar una planta física que se caracteriza por una serie de tarántines diseñados por los mismos reclusos en pequeños o grandes espacios dependiendo del nivel económico de éstos, y por tanto, de su poder para comprar el espacio y al funcionario de turno en la prisión. Y otra infraestructura carcelaria, como Zacatecoluca e Izalco, caracterizada por su diseño monumental y hermético. En consecuencia corresponde a la Dirección General de Centros Penales, remodelar los establecimientos ya existentes, adecuándolos a los parámetros legales y en caso de construir nuevos deberá tener en cuenta las mismas directrices (Artículo 69 de la Ley Penitenciaria )

En efecto la moderna sociología de la prisión plantea tres elementos nucleares, estructurales, que siempre caracterizaron al encarcelamiento: *el espacio, el tiempo y el trabajo*. Ningún análisis vinculado a la cárcel puede prescindir de la consideración de estos tres elementos creadores de la institución penitenciaria. De tal manera que la forma de concebir, de articular, de diseñar la administración del espacio, del tiempo y el trabajo, remite a precisar funciones que la reclusión debe cumplir; nada es casual, debemos prestar una especial atención a los modos en que tales elementos han sido concebidos<sup>3</sup>.

3. Esta postura innovadora se puede ampliar en el libro "Pagando Tiempo", de Rogers Matthew. Texto fuera de lo común pues aborda los problemas carcelarios desde la óptica sociológica y demográfica.

En este punto vale recordar lo antes enunciado. El construccionismo social hace referencia a que, la realidad no existe sino que ésta se construye socialmente. Principio que también tiene una gran relevancia al estudiar la cuestión de los establecimientos penitenciarios. Es casi seguro que las condiciones presupuestarias de la DGCP, no le permitan construir centros penales según los requerimientos de la Ley Penitenciaria, pero si debe responder a la interrogante: ¿Qué tipos de centros penales se deben edificar para los salvadoreños que están privados de su libertad? No es aquí el lugar para cavilar sobre las tendencias actuales de la arquitectura penitenciaria, pero la experiencia penitenciaria comparada nos ilustra algunas sugerencias, que luego de adaptarlas a nuestro entorno "tropical" podríamos considerar; éstas son algunas:

- \* El diseño del establecimiento está en función de las características del tipo de Centro a que se va a destinar (Ordinario, abierto o seguridad)
- \* La construcción ha de ser fruto de una política amplia que tenga presente: tipos de penas, sustitutivos penales, cambios legislativos. Con el objeto también de poder determinar la capacidad media que han de tener los Centros Penales.
- \* La dimensión del Centro Penitenciario estará en función de variables como la situación de la población reclusa del país, el presupuesto económico que se baraje, pero en cualquier caso, se deberán respetar los mínimos establecidos en la normativa internacional<sup>4</sup>.
- \* Respecto a la ubicación es preferible que los centros penitenciarios se encuentren fuera de los núcleos urbanos, excepción de aquellos Centros que su propia configuración exige que se encuentren en la ciudad. En cualquier caso lo realmente importante es que el centro este bien comunicado con el exterior.
- \* En lo que se refiere a las dependencias, la celda individual es fruto de la consagración del derecho a la intimidad, y la construcción de las dependencias comunes debe estar orientada por la finalidad constitucional atribuida a ejecución de la pena.

4. La regla n° 3 de las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos recomienda que la capacidad de los centros no debe superar los 500 internos.

Resulta conveniente que en los aledaños de la prisión se construyan dependencias judiciales donde puedan celebrarse los juicios, comunicadas con la prisión a través de corredores, suprimiendo el coste de la Sección de Traslado de Reos y contribuyendo a la seguridad de los mismos.

**b. Revitalizar la Escuela Penitenciaria.** Si bien es cierto que esta ya posee algunos años de funcionamiento, es necesario reactivarla para que sea la encargada de dotar de las habilidades y conocimientos a los nuevos miembros, así como de cursos avanzados a los antiguos empleados y técnicos de la DGCP. De esta manera se permite contar con un personal motivado y sensibilizado. La Escuela Penitenciaria debe ser el organismo encargado de la *selección, reclutamiento, capacitación y organización de los recursos humanos* que son integradas al quehacer penitenciario. Tal como lo expresa el artículo 48 del RGLP<sup>5</sup>.

Mandato que no se estaba cumpliendo a plenitud, pero a partir del año pasado, se ha retomado su función legalmente prevista; según lo dio a conocer el Señor Ministro de Justicia y Seguridad Pública, el 22 de setiembre del 2010 al inaugurar el curso denominado "Inicia la formación del nuevo penitenciario", destinado a 88 aspirantes a agentes de seguridad<sup>6</sup>.

**c. Actualizar, aplicar y ampliar la cobertura de los programas de tratamiento penitenciario para toda la población reclusa penada.** Los postulados de la Criminología Positiva y de la Criminología Clínica, junto al auge de las técnicas de terapia grupales y el desarrollo de las Ciencias de la conducta, con nuevos modelos de tratamiento, fueron abriendo la posibilidad de un nuevo enfoque en la ejecución de la pena privativa de libertad. Juristas, criminólogos y psicólogos vieron la posibilidad de transformar las prisiones, no sólo humanizando la vida de las mismas, sino también y sobre todo, pretendiendo convertirlas en Instituciones de reeducación y reinserción social. La pena de prisión ya no se justificaría por sus funciones de custodia y castigo, sino por su fin

5. Al respecto, el distinguido profesor venezolano Elio Gómez Grillo, expresa: "En materia penitenciaria podemos decir que la cárcel es su personal y cualquier cosa más".

6. Información obtenida el día 7 de marzo de 2011, a las 11:32 p.m en la dirección <http://www.diarfocolatino.com/es/20100922/nacionales/84576/>.

rehabilitador. En consecuencia el Tratamiento, responde a la definición del objetivo fundamental al que se orienta todo el sistema penitenciario <sup>7</sup>, la misma ley penitenciaria así lo registra en el artículo 3: "Las instituciones penitenciarias establecidas en la presente Ley, tienen por misión fundamental procurar la readaptación social de los condenados y la prevención de los delitos, así como la custodia de los detenidos provisionales"

En la experiencia salvadoreña, los programas que se imparten son generales y especializados, estos últimos incluyen: módulo sobre pensamiento pro social, módulo de pensamiento creativo, resolución de problemas, habilidades sociales, desarrollo de valores, control emocional, drogodependencia, técnicas para el control de agresividad.<sup>8</sup>

En consecuencia el objeto de este balance, no es imputar a la administración la carencia de actividades tratamentales, sino la *escasa cobertura que se aprecia al analizar las cifras*. Por ejemplo según la DGCP al 6 noviembre de 2009, reportaba 12, 920 internos penados, 318 en fase de confianza y 98 en semi libertad. Si nos preguntamos ¿Cuántos de éstos internos tienen acceso a tratamiento? Basados en las cifras citadas llegaríamos a un porcentaje aproximado del 14.24 % Este porcentaje es muy cercano, pues hay que tener en cuenta que para que un interno se halle situado en fase, debe someterse a una serie de actividades terapéuticas asistenciales, que constituyen el tratamiento penitenciario. Es cierto que no todos los que reciben tratamiento son ubicados en fase - por la misma capacidad de autodeterminación que poseemos lo seres humanos- pero si todos los colocados en

7. Recientemente en la sentencia emitida el 23-12-2010 en el proceso de inc. 5-2001, la Sala reitero la misma idea, en los términos siguientes: "La lógica rehabilitadora y de respeto a la dignidad humana que inspira el desarrollo constitucional, es incompatible con una lógica punitiva o retributiva que únicamente aspira a que la función de la pena de prisión sea un castigo de carácter afflictivo o expiatorio. Esto nos lleva a la conclusión que la finalidad del régimen y tratamiento penitenciarios, es el de hacer posible la vida futura en libertad del sentenciado evitando los efectos nocivos de la estancia en prisión. Lo anterior resulta entorpecido con penas que vuelven imposible un proceso gradual de reinserción o al menos lo retardan irrazonablemente".

8. El artículo 349 del Reglamento General de la Ley al respecto expresa: Se desarrollarán programas especiales, acorde a los perfiles criminológicos que agrupan las conductas delictivas:

a) Programa para ofensores sexuales:

Promover en el ofensor sexual procesos empáticos y de sensibilidad hacia sus víctimas, procurando con ello favorecer el autocontrol de sus conductas abusivas.

b) Programa a Drogodependientes.

Encaminado a la rehabilitación física del interno que presenta problemas de adicción a cualquier tipo de droga y alcohol.

fase han recibido tratamiento. En consecuencia el 14. 24 % es una relación muy baja en comparación a la población de internos penados. Por otra parte, también, será necesario aumentar el número de equipos técnicos Criminológicos de los Centros, por ser los encargados de evaluar a la población penitenciaria para determinar las necesidades de tratamiento. Al mismo tiempo, son los llamados a diseñar, aplicar y valorar efectivamente el tratamiento de intervención a la población interna que lo requiera, según lo establece el artículo 145 literales "g" y "h". En este sentido, es necesario también en el sistema penitenciario salvadoreño, restaurar la idea de tratamiento, pues cuando se habla de *tratamiento* penitenciario estamos significando el convencimiento de que los privados de libertad son personas que han sido condenadas a sufrir la pérdida de su libertad, con el propósito de que se recuperen, adquieran responsabilidad ciudadana y dirijan todas sus energías al sometimiento a las reglas de la convivencia pacífica antes que a la trasgresión de las mismas. Eso sólo es posible conseguir de la conducta humana mediante un ordenado, prolijo y riguroso Programa de tratamiento. Ningún cambio es posible sin metodología y sin el propio convencimiento de que esa es la conducta adecuada, es decir, estar absolutamente convencidos de que nadie cambia si no quiere.

**d. Superar el hacinamiento.** Es sin lugar a dudas la dificultad más seria que enfrenta en la actualidad la DGCP. Ya que ÉI hacinamiento origina condiciones inhumanas para vivir, corrupción y violencia por la consecución de un espacio mínimo en donde pernoctar, factores que a su vez entorpecen el cumplimiento del tratamiento penitenciario para la reinserción social del interno y disminuyen ostensiblemente las oportunidades de trabajo, educación y recreación para los internos, dificultan la capacidad de control y la gobernabilidad por parte de las autoridades carcelarias y, consecuentemente, comprometen la obligación del Estado de garantizar la vida e integridad física de las personas privadas de la libertad. En el Diagnóstico<sup>9</sup>, se dan algunas soluciones, por lo que sería insubstancial redundarlas en este balance.

9. Ver páginas 54 -55

**e. Reintegrar la Comisión de Planificación y Coordinación prescrita por el artículo 136 L.P.** Aunque parezca anacrónico, estimo necesario que el señor Ministro de Justicia y Seguridad Pública, convoque a los sectores involucrados en la ejecución de la pena. Lo que permitirá un enfoque interinstitucional del problema carcelario que sin duda ayudará mejorar la gestión penitenciaria, en temas tan intrincados como por ejemplo el hacinamiento carcelario.

### 3. NECESIDAD DE ALGUNAS INNOVACIONES.

- A. *Dotar a la Jurisdicción Penitenciaria y al Ministerio Público una ley procesal.*
- B. *Adecuar el mandato Constitucional del artículo 172, mediante Reformas a la Ley Penitenciaria, delimitando los ámbitos de actuación entre el Juez de Vigilancia Penitenciaria y de Ejecución de la pena, en relación con la Administración Penitenciaria.*
- C. *Mediante reforma legal, eliminar para el goce, del beneficio de la libertad condicional - en cualquiera de sus formas - el requisito del pago de la responsabilidad civil.*
- D. *Instituir las cámaras especializadas de Vigilancia Penitenciaria y de Ejecución de la Pena.*
- E. *Delimitar en la ley Orgánica de PGR y de la FGR; el papel de los defensores públicos y fiscales en la fase de ejecución de la pena.*
- F. *Adecuar y construir los centros penales según los estándares propuestos por las Naciones Unidas, exigidos a la vez por la Constitución y ley.*
- G. *Transferir a la Escuela Penitenciaria el status y rol, previsto en la Ley y el Reglamento penitenciario.*
- H. *Actualizar y ampliar la cobertura de los programas de tratamiento penitenciario.*
- I. *Disminuir el Hacinamiento.*

*San Marcos, joya entre montañas, 30 de enero de 2011*



Este Libro se terminó de imprimir en Impresora El Sistema, S.A. de C.V. en el mes de Diciembre de 2011, consta de 2,000 ejemplares.

