



ENSAYOS PARA LA CAPACITACIÓN PENAL

Autores Varios



BLANCA



CONSEJO NACIONAL DE LA JUDICATURA

Pleno del Consejo

Licda. Silvia Lizette Kuri de Mendoza
Presidenta
Dra. Mirna Ruth Castaneda de Alvarez
Dr. René Mauricio Castillo Panameño
Dra. María Hortensia Cruz de López
Licda. Marta Alicia Aguirre de Pérez
Lic. José Ricardo Reyes Escoto
Dr. Carlos Mauricio Molina Fonseca

Escuela de Capacitación Judicial:

Dr. José Ernesto Criollo, Director
Licda. Berta Rosario Díaz Zelaya
Sub-Directora

Director de la Unidad Técnica
Ejecutiva del Sector de Justicia:

Lic. Mario Alberto Salamanca

Impresos por:

Impresos Múltiples

Diseño y diagramación:

Impresos Múltiples y
Centro de Documentación y
Reproducción Bibliográfica.
Consejo Nacional de la Judicatura

Diseño de portada:
Patricia Martínez





345.7284

E59 Ensayos para la capacitación penal / Carlos Ernesto Sánchez... [et al.]. --1a. ed. -- San Salvador, El Salv. : Consejo Nacional de la Judicatura, Escuela de Capacitación Judicial, 2003.
350 p. ; 23 cm.

ISBN 99923-842-3-9

1. Derecho procesal penal. 2. Política-Criminología-El Salvador.
3. Delitos-El Salvador. I. Sánchez, Carlos Ernesto. II. Título

BINA /jmh



INDICE

PROLOGO

I PARTE

FUNDAMENTOS DE DERECHO PENAL 7

- Política Criminal y Principialismo.
 Carlos Ernesto Sánchez Escobar. 7
- El Derecho Penal en Sentido Objetivo.
 Gerardo Napoleón Cisneros Jovel 123

II PARTE

TEMAS DE TEORÍA JURÍDICA DEL DELITO 135

- Aspectos Generales de la Tipicidad.
 José Ricardo Membreño Jiménez 137
- Antijuridicidad y Causas de Justificación.
 Carlos Solórzano Trejo 167
- Delitos de Omisión.
 Ana Lucila Fuentes de Paz 193
- La Participación en el Delito.
 Miguel Alberto Trejo. 227

III PARTE

TEMAS CLAVE PARA UNA JUSTICIA PENAL EFICAZ 255

- Receptación y Encubrimiento en la Legislación Penal Salvadoreña.
 Ricardo Vladimir Montoya 257
- Comentario a los Delitos de Resistencia, Desobediencia y
 Detenciones Ilegales. Martín Rogel Zepeda 269
- El Tratamiento Penal y Procesal Penal del Falso Testimonio.
 Sergio Luis Rivera Márquez 285

IV PARTE

CUESTIONES DE DERECHO DE EJECUCIÓN DE PENAS Y MEDIDAS.

Borja Mapelli Caffarena 309

Abreviaturas Utilizadas 381

Bibliografía 383



PRÓLOGO

El proceso de reforma penal diseñado en los inicios de los años noventa ha constituido, sin duda, uno de los más importantes desafíos, tanto para los diversos operadores del Sistema de Justicia Penal como para el Consejo Nacional de la Judicatura, que ha tenido un trascendental papel en los procesos de formación y capacitación iniciados mucho antes de la vigencia de tales normativas.

Luego que los diferentes Proyectos de Reforma Judicial concluyeran su misión en nuestro país, (facilitando la presencia masiva de incontables especialistas de renombre internacional en las diferentes disciplinas de las ciencias penales), el reto de la capacitación de la nueva legislación correspondería de forma preponderante, a los docentes salvadoreños.

El primer esfuerzo fue sin duda, la enseñanza y preparación de Jueces, Fiscales, Defensores Públicos, Abogados en ejercicio libre de la profesión y personal de los diferentes tribunales del país conforme al nuevo procedimiento penal. Posteriormente, el análisis de sus problemas de aplicación a través de diferentes talleres de trabajo. De forma simultánea se desarrolló su adiestramiento en las técnicas de oralidad, para asegurar un correcto ejercicio de los principios que rigen el procedimiento adversativo.

A partir del año 2000, comienza un nuevo proceso de capacitación con un especial énfasis del Derecho Penal Material, el cual comienza con la formación de un equipo de docentes con especial dedicación a la dogmática jurídico-penal. Ese equipo, luego de una intensiva preparación a cargo de catedráticos españoles -como el Dr. José Ramón Serrano-Piedecasas, entre otros-, desarrollaron a nivel nacional un amplio programa de enseñanza en la Teoría Jurídica del Delito. Dos años después, la oferta de capacitación se amplió al estudio de los Fundamentos del Derecho Penal, y en especial de los principios que deben regir al Derecho Penal en el ámbito de un Estado Constitucional de Derecho.

La mayor parte de los trabajos que siguen son muestra de dicha evolución, escritos por actores de tal proceso de reflexión acerca del Derecho Penal Material. Otros constituyen la documentación, sin pretensiones de exhaustividad doctrinaria, y más bien orientados a la formulación de propuestas para problemas prácticos, de las exposiciones orales de los capacitadores en las actividades de "Temas Claves para una Justicia Penal Eficaz". Los temas de estas conferencias fueron determinados mediante la serie de talleres que el Consejo realizó en cada uno de los departamentos del país, durante el año 2000, denominados "Actos de Investigación y de Prueba".

También, en el año 2002 se impulsó de similar forma un proceso de capacitación en el ámbito del Derecho Penitenciario, con el distinguido acompañamiento del



Catedrático de la Universidad de Cádiz: Borja Mapelli Caffarena, quien en sus diferentes capacitaciones brindó insumos de incalculable importancia para la elaboración de los diferentes cursos que brinda la ECJ. La documentación de sus opiniones sobre los problemas tratados en esos cursos constituye la cuarta parte de la obra.

La publicación de esta compilación de trabajos del equipo docente nacional y un aporte de Capacitador internacional, está orientada a poner en manos de los operadores de justicia, con anticipación, los apoyos que serán utilizados en futuras experiencias de capacitación sobre sus respectivos temas. Respecto de quienes intervinieron en las actividades aludidas, para que estos textos funcionen como estímulos a la retroalimentación sobre las valiosas ideas generadas en tales espacios de capacitación.

Consejo Nacional de la Judicatura
Octubre, 2003



I PARTE

FUNDAMENTOS DE DERECHO PENAL

ENSAYOS PARA LA CAPACITACIÓN PENAL

Autores Varios





INDICE

PROLOGO

I PARTE

FUNDAMENTOS DE DERECHO PENAL..... 7

- Política Criminal y Principialismo.
 Carlos Ernesto Sánchez Escobar. 7
- El Derecho Penal en sentido objetivo.
 Gerardo Napoleón Cisneros Jovel 123

II PARTE

TEORÍA JURÍDICA DEL DELITO 135

- Aspectos generales de la tipicidad. José Ricardo Membreño Jiménez 137
- Antijuridicidad y causas de Justificación. Carlos Solórzano Trejo 167
- Delitos de omisión. Ana Lucila Fuentes de Paz..... 193
- La participación en el delito. Miguel Alberto Trejo. 227

III PARTE

TEMAS CLAVE PARA UNA JUSTICIA PENAL EFICAZ 257

- Receptación y encubrimiento en la legislación penal salvadoreña.
 Ricardo Vladimir Montoya 257
- Comentario a los delitos de resistencia, desobediencia y
 detenciones ilegales. Martín Rogel Zepeda 269
- El tratamiento penal y procesal penal del falso testimonio.
 Sergio Luis Rivera Marquez 285

IV PARTE

CUESTIONES DE DERECHO DE EJECUCIÓN DE PENAS Y
 MEDIDAS. BORJA MAPELLI CAFFARENA 311





I PARTE

FUNDAMENTOS DE DERECHO PENAL





FUNDAMENTOS DE DERECHO PENAL

Carlos Ernesto Sánchez Escobar*

POLITICA CRIMINAL Y PRINCIPIALISMO.

Una perspectiva desde los principios de legalidad, dignidad,
lesividad y culpabilidad.

A Paola

SUMARIO: Introducción. 1.- Derecho Penal y Política Criminal. 1.a. Misión del derecho penal. 1.b. Ámbito de la política criminal. 2. Génesis de la política criminal. 3. Concepto de política criminal. 4. Función de la política criminal. 5. Modelos de política criminal. 5.a. La dirección de ley y orden. 5.b. Orientación garantista de la política criminal. 6. Consecuencialismo y Principialismo. 6.a. Orientación a las consecuencias. 6.b. Principialismo penal. 7. Política Criminal y Principios Fundamentales del Derecho Penal. 7.a. Noción y función de los principios. 7.b. Límites de la política criminal. 8. El Principio de Legalidad. 8.a. Fundamentos. 8.b. Nullum crimen, nulla poena sine lege scripta. 8.c. Nullum crimen, nulla poena sine lege praevia. 8.d. Nullum crimen, nulla poena sine lege certa. 8.e. Nullum crimen, nulla poena, sine lege stricta. 9. Principio de Dignidad Humana. 9.a. Fundamentos. 9.b. Visión antropocéntrica de la dignidad. 10. Principio de Lesividad. 10.a. Lesividad y bien jurídico. 10.a.1. Génesis y evolución del bien jurídico. 10.a.2. Positivismo y bien jurídico. 10.a.3. Crisis del bien jurídico. 10.a.4. La renovación de la idea de bien jurídico. 10.a.5. Bien jurídico y funcionalismo. 10.a.6. Personalismo, constitucionalismo y bien jurídico. 10.a.7. Denominación del bien Jurídico. 10.b. Fundamentos del bien jurídico. 10.c. Regulación normativa. 10.d. Base constitucional. 10.e. Función del bien jurídico. 11. Principio de culpabilidad. 11.a. Fundamentos. 11.b. Rango constitucional del principio de culpabilidad. 11.c. Alcances del principio. 11.d. Principio de personalidad. 11.d.1. El problema de la pena de prisión. 11.d.2. El caso de la prisión preventiva. 11.d.3. La transferencia de las consecuencias de la pena en la ejecución. 11.d.4. El tratamiento de las personas jurídicas. 11.d.5. El problema de la tipicidad cumulativa. 11.e. Principio de responsabilidad por el hecho. 11.e.1. Culpabilidad por el acto. 11.e.2. Culpabilidad de autor. 11.e.2.1. Concepción sintomática del delito. 11.e.2.2. Concepción caracterológica de la culpabilidad. 11.e.2.3. Culpabilidad por la conducción de vida. 11.e.2.4. Culpabilidad por la decisión sobre la vida. 11.e.2.5. La doctrina del tipo criminológico de autor. 11.e.2.6. Teoría del tipo normativo de autor. 11.e.2.7. Culpabilidad de autor en la dosimetría de la pena. 11.f. El Peligrosismo. 11.f.1. La reincidencia. 11.f.2. Modelos justificativos de la reincidencia. 11.f.3. Reincidencia y Ne Bis in Idem. 11.f.4. La habitualidad. 11.g. Principio de dolo o culpa. 11.g.1. Fundamento. 11.g.2.

* Especialista en Ciencias Penales por la Universidad Nacional de Costa Rica y Juez del Tribunal Tercero de Sentencia de El Salvador.



El objetivismo penal. 11.g.3. La adopción de la doctrina del versari. 11.g.4. La responsabilidad por el resultado. 11.g.5. La cuestión del error. 11.g.5.1. El error de tipo. 11.g.5.2. El error de prohibición. 11.h. Principio de proporcionalidad. 11.h.1. Fundamento. 11.h.2. Proporcionalidad de la pena en abstracto. 11.h.3. Proporcionalidad de la pena en concreto. 11.h.4. La agudización de la pena de prisión. 10.h.5. Proporcionalidad de las medidas de seguridad. 11.h.6. La trasgresión actual al principio de proporcionalidad.

INTRODUCCIÓN:

La presente elaboración desarrollada a propósito de la VIII Conferencia Iberoamericana sobre Política Criminal y Delincuencia en El Salvador, nos convoca a hacer una reflexión sobre la Política Criminal, pero desde la perspectiva de los límites que a la misma le impone la Constitución. Desde ese marco conceptual, se presenta entonces de manera aproximada, los entornos de la actividad político criminal, tratando de vislumbrar su conceptualización, modelos, función y su relación con el sistema penal, esta noción, es la que abarca la primera parte del trabajo.

La segunda parte esta estructurada de manera sucinta sobre los principios constitucionales en el orden penal, que sirven de marco regulativo al decisionismo político criminal, y que dicho sea de paso los entendemos como no dúctiles ni permeables a las decisiones reales del legislferante. Es decir que en materia de política criminal y más precisamente de política penal, entiendo que, el legislferante no esta constituido -so pretexto de la legitimación de la voluntad popular- en un supra poder o en un poder arbitrario, que no reconozca limitación alguna.

Al contrario la actividad del poder legislativo, encuentra confines en la regularización del delito tanto en el ámbito de la dogmática penal, como del derecho procesal penal y en el sistema ejecutivo de la pena, dichos límites que son frenos a los excesos del poder, son los que de manera obligatoria prescribe la Constitución a partir del reconocimiento de principio, derechos, y garantías fundamentales para las personas.

De ahí que la actual tendencia de reforma de la normativa penal, la abordemos desde la perspectiva de los grandes brocardos penales, como lo son, el principio de legalidad, de dignidad humana, de lesividad y de culpabilidad -de entre otros-; y como dichos axiomas, se constituyen en barreras que partiendo desde la Constitución vertebran todo el sistema penal normativo. Para arribar a tal conclusión, fue menester abocarse a la doctrina constitucional, que el máximo tribunal de la materia ha ido consolidando, en un esfuerzo importante por hacer vigente el Estado Constitucional de Derecho, al cual todos aspiramos.

Desde esa perspectiva critica, es que se tamizan las actuales tendencias de reforma de la normativa penal, que convocando a un derecho penal "moderno" y "eficiente", pretende consolidar esa visión, mediante el reduccionismo del núcleo de garantías constitucionales. A partir de ese plano, es que a los impulsos reformistas de



un derecho penal maximizado, peligrosista, agudamente preventivo, propio del autoritarismo penal de oprobiosa memoria, oponemos la visión del principialismo, como sistema que, reconociendo la necesidad de la formulación de una correcta e integrada política criminal y de una ponderada política penal, lo haga respetando el marco de la Constitución.

Para ello es necesario entender que no es viable enfrentar el delito, como una santa cruzada que divide a la sociedad en personajes de buena y mala calaña; el fenómeno del delito como un hecho social complejo que afecta el orden social, merece otro enfoque, si es que de verdad se quiere orientar una verdadera política de reducción del mismo, y ello pasa por reconocer que el derecho penal, aunque es un instrumento legítimo para enfrentar la criminalidad, sólo resulta justificado en un Estado Constitucional de Derecho cuando esa persecución del fenómeno criminal se hace respetando todos los derechos y garantías propias del Estado liberal que ve en la persona humana el centro de toda su actividad.

1. DERECHO PENAL Y POLITICA CRIMINAL.

La relación entre derecho penal y política criminal en estos tiempos nos parece innegable, es decir se ha vuelto una coexistencia necesaria respecto del fenómeno delictivo¹, con ello queremos significar que el derecho penal contemporáneo, no puede pretender escapar a la realidad social de que el delito no se reduce a fenómenos jurídicos, y que la solución de dichos conflictos sociales es mejor entendida, si al análisis del sistema de la teoría del delito, se incorporan los datos empíricos que la política criminal y la criminología permiten conocer², para elaborar un derecho penal capaz de cumplir su misión y función, en cuanto ser última ratio de tutela de bienes jurídicos, reforzador de la conveniencia del imperio del orden normativo en la conciencia ciudadana, e instrumento reductor de la violencia.

-
- 1 Reconociendo actualmente la vinculación entre dogmática y sistemática penal con la política criminal, en las construcciones de la teoría del delito y en la legislación de carácter penal, aunque delimitando sus propios contenidos puede verse: ROXIN Claus "Derecho Penal". Parte General. Tomo I. Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito. Traducción de la 2ª edición alemana por Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal. Civitas. Madrid. España. 1997 pp.223 a 227; ROXIN Claus "Política Criminal y Sistema de del Derecho Penal". 2º edición. Traducción de Francisco Muñoz Conde. Editorial Hammurabi. Buenos Aires. Argentina. 2000 p. 49; HASSEMER Winfried, MUÑOZ CONDE Francisco "Introducción a la Criminología y al Derecho Penal". Tirant lo Blanch. Valencia. España. 1989 p. 65; LUZÓN PEÑA Diego-Manuel "Curso de Derecho Penal". Parte General I. Hispamer. Colombia. 1996 p. 101; SILVA SÁNCHEZ Jesús María "Política Criminal en la Dogmática: Algunas cuestiones sobre su contenido y límites" en Política Criminal y Nuevo Derecho Penal (Libro Homenaje a Claus Roxin) José M. Bosch Editor. Barcelona. España. 1997. p. 18; MUÑOZ CONDE Francisco, GARCIA ARAN Mercedes "Derecho Penal" Parte General. 2º edición, revisada y puesta al día conforme al Código Penal de 1995. Tirant lo Blanch. Valencia. España. 1996, pp. 206 a 207; QUINTERO OLIVARES Gonzalo "Derecho Penal". Parte General. Segunda edición corregida, aumentada y puesta al día. Marcial Pons editor. Barcelona. España. 1989 p. 241.
 - 2 Por ejemplo en tal sentido LARRAURI PIOJAN Elena "Consideraciones sobre Política Criminal". Comisión Coordinadora del Sector Justicia. Unidad Técnica Ejecutiva. San Salvador. El Salvador. 2001 p. 6.

La anterior visión de un derecho penal orientado a finalidades, y vinculado en su estructura dogmática a presupuestos político criminales, no riñe con la fiel observancia a las garantías clásicas que han informado al derecho penal³, en virtud de que, esta exigencia originada de los postulados de la ilustración, tiene actualmente raigambre constitucional; así pues, entendemos, que un enfoque político criminal sobre la misión y función del derecho penal, debe respetar el núcleo esencial de los principios constitucionales sobre los que se ha erigido la potestad punitiva del Estado.

Desde nuestra óptica -que no es nueva ni inédita- entendemos que la confluencia entre sistemática penal y política criminal, es necesaria y útil, siempre que se tenga en cuenta que esta última disciplina, no puede hacer reducible el derecho penal a su antojo y que encuentra su real límite en el sistema de garantías que éste reivindica en atención a la centralidad de la persona humana⁴.

1.a. Misión del derecho penal.

El diseño de una correcta actividad estatal, que tienda a enfrentar los conflictos sociales catalogados como “delitos”, debe iniciar por la reflexión de cual es la misión del derecho penal, como uno de sus instrumentos de poder para enfrentar el fenómeno de lo criminal, tal cavilación debe ser antecedida, por vislumbrar el origen del derecho penal democrático; y éste además de ser elemento de represión, se constituye como instrumento de garantías, a partir de la doctrina de la ilustración sobre la base filosófica del contractualismo, erigiendo una triada garantista en el sentido de: 1) Reducir la expansión del derecho penal, mediante la exigencia de la lesión de bienes jurídicos; así sólo podría constituir delito, lo que lesionara las libertades ciudadanas aseguradas en el contrato social; 2) Las renunciadas de los ciudadanos a ciertos espacios de libertad, delimitadas como prohibiciones, es decir como abstenciones de conducta, con la finalidad de evitar la lesión de derechos de terceros, debían quedar exactamente predeterminadas, ello significa desde ya, el advenimiento del mandato de certeza; 3) El poder del Estado para limitar los ámbitos de libertad no es un poder autónomo, discrecional o arbitrario, ello porque el Estado no era un fin en si mismo -ni actualmente lo puede ser- sino que es una creación al servicio del hombre, de ahí que el poder confe-

3 Reconociendo que la política criminal, no debe entenderse como una reducción de los principios garantistas del derecho penal, y que encuentra su correcta limitación en éstos, para desempeñar una función legítima en el Estado Constitucional puede verse: JESCHECK Hans-Heinrich “Tratado de Derecho Penal”. Parte General. Volumen Primero. Traducción de la tercera edición alemana por Santiago Mir Puig y Francisco Muñoz Conde. Editorial Bosch. Barcelona. España. 1981; ROXIN Claus “Derecho Penal”. Parte General. Tomo I. Fundamentos.. op. cit. .p. 224; LUZÓN PEÑA Diego-Manuel “Curso de Derecho Penal” Parte General I... op. cit. p. 99; SILVA SÁNCHEZ Jesús-María “Política Criminal y Persona”. Editorial AD-HOC. Buenos Aires. Argentina. 2000 p. 24 a 25.

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



rído al denominado “*Leviathan*” es susceptible de limitaciones que surgen de la propia dignidad humana. En síntesis la visión de origen del derecho penal en la época del pensamiento ilustrado fue la de un poder limitado y racional⁵.

El preámbulo que precede orienta la posición que asumimos, cual es, la de que la misión del derecho penal, es la de tutela exclusiva de bienes jurídicos, esta visión del derecho penal aunque no es única⁶, tiene un sólido respaldo dogmático; entendemos pues que la protección de los bienes jurídicos debe ser la directriz preponderante, y que sólo a partir de tal función -sociológicamente hablando- es posible predicar, ya de manera posterior un trasfondo ético, el cual siempre deberá quedar subordinado a la idea de protección de bienes. En suma no negamos que el derecho penal sea un instrumento importante para solidificar los valores ético-sociales de las conductas⁸,

- 5 Sobre la visión que apenas se ha esbozado puede confrontarse HASSEMER Winfried “*Viejo y Nuevo Derecho Penal*” en Persona, Mundo y Responsabilidad. Bases para una teoría de la imputación en derecho penal. Traducción de Francisco Muñoz Conde y María del Mar Díaz Pita. Editorial Temis. Santa Fe de Bogotá. Colombia. 1999, pp. 18 a 19. El original del artículo según se informa corresponde a la publicación “*Kennzeichen und Krisen des modernen Strafrechts*” que apareció en Zeitschrift für Rechtspolitik, 1992, pp. 378 ss. Y fue traducido por Francisco Muñoz Conde con el título “*Crisis y Características del Moderno Derecho Penal*” en Actualidad Penal, 1993. La cita del título en alemán corresponde a esta última publicación
- 6 Por ejemplo se ha entendido por un sector de la doctrina que la misión del derecho penal debe ser la protección de los valores de la actitud interna y mediatizadamente la de bienes jurídicos en tal sentido se dijo: “La misión del Derecho Penal consiste en la protección de los valores elementales de conciencia, de carácter ético-social, y sólo por inclusión la protección de los bienes jurídicos particulares” WELZEL Hans “Derecho Penal Alemán” Parte General. 11° edición alemana. 4° edición castellana. Traducción de Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez Pérez. Editorial Jurídica de Chile. Santiago. Chile. 1993 p. 5. Para otro sector de la doctrina la misión del derecho penal descansa sobre la base de la prevención general en su ámbito positivo pero radicalizando la validez de la norma jurídica penal. Así se indica “en el modelo descrito de la función de la punición estatal se trata de prevención general mediante el ejercicio en el reconocimiento normativo de la norma”. JAKOBS Günther “Derecho Penal”. Parte General. Fundamentos y Teoría de la Imputación. 2° edición corregida. Traducción de Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo. Editorial Marcial Pons. Madrid. España. 1997 p. 18.
- 7 Sobre la misión del derecho penal privilegiando la protección de bienes jurídicos Hassemer indica que: “No todos los autores tratan los mismos temas bajo la rúbrica “misión del derecho penal”; así por ejemplo hay quienes tratan la protección de bienes jurídicos como una parte de la teoría del delito. La cuestión no tiene sin embargo gran importancia ya que, de un modo u otro, en tanto se entienda que la misión del derecho penal es la protección de bienes jurídicos, ello también repercute en el concepto de delito y puede ser igualmente discutido en él”. HASSEMER Winfried, MUÑOZ CONDE Francisco “Introducción a la Criminología y al Derecho Penal”... op. cit. p. 100; en este sentido aunque con diferentes matizaciones además: HORMAZABAL MALARÉE Hernán “Bien Jurídico y Estado Social y Democrático de Derecho”. El objeto protegido por la norma penal. PPU. Primera Edición. Barcelona. España. 1991. p. I; JESCHECK Hans-Heirich “Tratado de Derecho penal” 4° edición completamente corregida y ampliada. Traducción de José Luis Manzanares Samaniego. Editorial Comares. Granada. España. 1993 p. 6; STRATENWERTH Günter “Derecho Penal”. Parte General I. El Hecho Punible. Traducción de la segunda edición alemana (1976) por Gladys Romero. EDESA. Madrid. España. 1982 p. 3; BUSTOS RAMIREZ Juan, HORMAZABAL MALARÉE Hernán “Lecciones de Derecho Penal”. Volumen I. Fundamentos del sistema penal, esquema de la teoría y del sujeto responsable y teoría de la determinación de la pena. Editorial Trotta. Madrid. España. 1998 p. 138.
- 8 Nos parece adecuada la visión de Zaffaroni cuando vincula la protección de bienes jurídicos a la zona de las cuestiones ético-sociales. Ver ZAFFARONI Eugenio Raúl “Manual de Derecho Penal”. Parte General. Primera Reimpresión. Cárdenas Editor. México D.F. 1991 pp. 53 a 56.

pero este ámbito, lo mediatizamos a la idea de protección de bienes jurídicos, que es el sustrato sobre el cual deben descansar -en nuestra opinión- los referentes axiológicos, de tal manera que la inversión propuesta, revela como plano fundamental la protección de los bienes jurídicos, y únicamente después el referente ético-social de la acción, reconociéndose como misión del derecho penal, la protección de bienes jurídicos.

1.b. Ámbito de la Política Criminal.

Las actuales tendencias en el ámbito del derecho penal, marcan una vinculación estrecha con la política criminal, hasta el punto de sostenerse que las categorías de la dogmática jurídico-penal, deben estructurarse sobre un modelo teleológico que se nutre de las tendencias político-criminales⁹. Pero este nexo es renovadamente novedoso, puesto que de antaño básicamente siguiendo -en principio- el modelo *Lisztiano* lo que se preconizaba era una escisión entre dogmática penal y política criminal¹⁰. Es importante por lo indicado que al enfocar el tema de la política criminal se hurgue en sus raíces históricas para dimensionar de mejor manera el tópico al que en este apartado se aludirá.

2. GÉNESIS DE LA POLÍTICA CRIMINAL.

Se ha indicado que la política criminal, entendida como disciplina que orienta los fines de la pena y cumple además una función crítica del derecho penal, surgió en Italia posterior a las ideas de los prácticos del derecho, a partir del pensamiento de ciertos juristas versados en materia criminal, que desde el plano filosófico iniciaron una actividad reflexiva respecto de la legislación penal¹¹; alcanzando posteriormente este movimiento, un importante reconocimiento bajo los postulados formulados por Beccaria que asume una función crítica del ordenamiento penal, con un sentido limitador del poder punitivo estatal propio del pensamiento ilustrado, para ser finalmente acogida

9 Esta corriente del pensamiento se ve fraguada en el denominado proyecto alternativo alemán, que fue una propuesta de código penal bajo criterios político-criminales en cuanto su estructura y que fue impulsada por una *pleyade* de juristas alemanes que lo publicaron en 1966, pretendiendo dar al sistema penal una clara función instrumental que no se agota en la pureza de la norma. Ver ROXIN Claus “*Franz Von Liszt y la Concepción Política Criminal del Proyecto Alternativo*” en Problemas Básicos del Derecho Penal. Traducción de Diego-Manuel Luzón Peña. Editorial Reus. Madrid. España. 1976 pp. 37 a 70. Sólo para fines académicos los personajes que confluyen a la elaboración del proyecto alternativo alemán son:

10 Confrontar ROXIN Claus “Política Criminal y Sistema del Derecho Penal”... op. cit. pp. 31 a 34.

11 Según informa Kleinschrod y Bossio -citados por Liszt- las cuestiones político criminales no fueron tratadas por los glosadores, ni por los denominados prácticos del derecho, hasta que a partir del siglo XVII algunos autores de derecho criminal abordaron tal temática entre ellos se mencionan: Ciazzi, Broja, Scaccia, Guazzini, Novelli, Sinistrari, Ursaga, Morelli, Maserus, Rainaldi, Alfani, Caravita, Danielli, Bondoni, Paoletti, Malanima, Gasparii, Renazzi, Cremani. Ver LISZT Franz von “Tratado de Derecho Penal”. Tomo Segundo. Traducido de la 20ª edición alemana, por Luis Jiménez de Asúa, con adiciones de Quintiliano Saldaña. Segunda edición. Editorial Reus. Madrid. España. 1926 ps. 37-38.



con una visión distinta por doctrinarios como Rogmanossi, Filangieri, Carmignani¹² hasta llegar a Carrara y su dimensión de la política criminal como actividad de buen gobierno¹³.

Esta tendencia de carácter político criminal, se dice fue recepcionada en Alemania como movimiento reformador, a partir de 1765 dándole ya un carácter científico dentro del pensamiento tudesco, mencionándose a Sonnenfels, Hommel, Schott, Soden, Wieland, Globig y Huster, Grabe, Gmelin, Pfizer, Tafinger, Oersted¹⁴. Sin embargo la intelección de la política criminal, como una disciplina distinta del derecho penal, en su génesis va ser abordada a partir de 1705 con los ensayos precursores de Bodino y Thomasio, para consolidarse en el pensamiento crítico de Kleinsrod, Henke, Richter, Holtzendorff, Mittermaier y Feuerbach¹⁵.

El enfoque anterior pretende vislumbrar en el movimiento de la política criminal una actividad crítica respecto del *corpus iuris* de aquella época, obviamente influido por tendencias de carácter positivistas. En esa realidad del mundo jurídico, es que posteriormente surge la figura de von Liszt, considerado una personaje inclito en materia de política criminal, sobre todo a partir de su trabajo intitulado "Programa de Marburgo".

Liszt como ningún otro, sistematiza el pensamiento político-criminal, y aunque reconoce su vinculación con el derecho penal¹⁶ al extremo de indicar que derecho penal y política criminal "deben marchar juntos", expresa claramente que el primero no puede ser sustituido por el segundo, en esa dialéctica de relación, y teniendo en cuenta los fines de la política criminal es que pronuncia su ya conocido apotegma, de que "El derecho penal es la barrera intransgredible de la política criminal"¹⁷.

Para la concepción de von Liszt, la política criminal tiene un fundamento de carácter antropológico y sociológico, el cual se acuña, en la determinación de los

12 LISZT Franz von "Tratado de Derecho Penal". Tomo Segundo... op. cit. p. 42.

13 CARRARA Francesco "Programa del Curso de Derecho Criminal". Parte General. Traducción de Octavio Béeche y Alberto Gallegos. Tomo I. Edición facsimilar. Editorial Jurídica Continental. San José. Costa Rica. 2000 ps. 16 a 17.

14 LISZT Franz von "Tratado de Derecho Penal". Tomo Segundo... op. cit. p. 44.

15 Catalogaba Feuerbach a la política criminal, entre otras ciencias, como una disciplina auxiliar del derecho criminal, en cuanto proporcionaba una importante información, de lege ferenda sobre las realidades de otras naciones, y de lege lata respecto de su realidad. Ver FEUERBACH Paul Johann Anselm Ritter von. "Tratado de Derecho Penal" común vigente en Alemania. Traducción al castellano de la 14ª edición alemana (Giessen 1847) por Eugenio Raúl Zaffaroni e Irma Hagemeyer. Editorial Hammurabi. Segunda edición. Buenos Aires. Argentina. 1989 ps. 50 a 51.

16 Ver LISZT Franz von "Tratado de Derecho Penal". Tomo Segundo"... op. cit. p. 56.

17 Ver LISZT Franz von "Tratado de Derecho Penal." Tomo Segundo"... op. cit. p. 64 a 65

orígenes del delito, ello para poder configurar un efectivo modelo de “defensa social”, dentro del cual es que incardina a la política criminal, como parte integrante de la ciencia del derecho penal. Se distingue así -para este autor-, cual es la finalidad de la política criminal, indicándose que no tiene metas pedagógicas, ni tampoco esclarecedoras en cuanto a la etiología del delito, sino que su misión se vincula, a la función política, en el mejor sentido de contienda contra el fenómeno delictivo, desde la perspectiva legisferante, siendo a tal actividad a la que Liszt denomina “*Kriminalpolitik*” o política criminal, para distinguirla de la “*Strafpolitik*” o política penal¹⁸.

Es importante considerar la reflexión de Liszt, respecto de la política criminal y su realismo, en el sentido de que se trata de un instrumento de gobierno, lo cual supone una conciencia, de que se esta ante una herramienta ideológica, ello explica la dualidad en cuanto al tratamiento escindido entre dogmática penal -la cual trata en su Strafrechts- como instrumento de garantías, y de su proyecto de política criminal, el cual por tener un carácter intervencionista y peligrosista trata en su “Programa de Marburgo”¹⁹.

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

18 Se indica en este punto lo siguiente: “Los dos polos en torno a los cuales se desenvuelve toda doctrina política, son: el fin y los medios. La Política criminal trata del fin, en los medio; la Política penal de los medios, como fin. La primera estudia el delito profilácticamente y los medios -penas y medidas- para combatirle y prevenirle, sólo en vista de ese fin; mientras la otra entiende sólo de medios represivos -penas- valorados como fines”. LISZT Franz von “Tratado de Derecho Penal” Tomo Segundo... op. cit. p. 60 a 61.

19 Sobre el pensamiento Lisztiano de manera diáfana se pronuncia Roxin en este punto y por ello es conveniente transcribirlo “En este doble carácter de la “ciencia universal del Derecho penal” fundada ciertamente por él, se materializan para Liszt tendencias contradictorias. En la Política criminal incluye los métodos adecuados, en sentido social, para la lucha contra el delito, es decir, la llamada misión social del derecho penal, en el sentido jurídico de la palabra, debe corresponder la función liberal del Estado de Derecho, asegurar la igualdad en la aplicación del Derecho y la libertad individual frente al ataque del “Leviathan” del Estado. Para decirlo una vez más con otras dos frases de Liszt, que pertenecen hoy a las citas clásicas del penalista: La “idea de fin en derecho penal” bajo la que Liszt había colocado su famoso programa de Marburgo, es la meta de la política criminal; mientras que el Derecho penal como “magna carta del delincuente” según expresa confesión de Liszt, protege no a la comunidad, sino al individuo que “se rebela contra ella”, garantizándole el derecho “de ser castigado sólo bajo los presupuestos legales y únicamente dentro de los límites legales” ROXIN Claus “Política Criminal y Sistema del Derecho Penal”... op. cit. pp 32 a 33.



3. CONCEPTO DE POLÍTICA CRIMINAL.

La idea de conceptualizar la política criminal, no tiene otro afán que el afirmar un sustrato básico, para la explicación en cuanto a la función que debe desarrollar la misma, este nivel conceptual permitirá sentar las bases sobre el cometido que se le asigna -y se le ha circunscrito- a tal disciplina; huelga decir, que limitaremos quizá discrecionalmente las referencias conceptuales, pues la brevedad de este estudio y lo copioso de este tópico impide una mayor amplitud, sin embargo las nociones que se elegirán permiten colmar la finalidad que requiere este apartado. Kleinschrod a quien se señala -no de comunis opinis- como el fundador de la definición "Kriminalpolitik" ésta "Es el conocimiento de aquellas medidas que el legislador puede y debe hallar según la especial disposición de cada Estado para impedir los delitos y proteger el derecho natural de sus súbditos"²⁰. Según Feuerbach la política criminal es "La sabiduría legisladora del Estado o la ciencia política de legislar"²¹; aunque también la definió como "el conjunto de métodos represivos con los que el Estado reacciona contra el crimen". Para Carl Stoops -a quien se señala como precursor de las medidas de seguridad- la política criminal consistía en "La reforma regular de la legislación penal, en provecho del bien común. Política criminal es Política de legislación penal"²². Liszt entendió en su obra Función de la Política Criminal que esta consistía en: "El contenido sistemático de principios -garantizados por la investigación científica de las causas del delito y de la eficacia de la pena- según los cuales el Estado dirige la lucha contra el delito por medio de la pena y de sus formas de ejecución"²³. El mismo autor posteriormente la definía como: "Conjunto sistemático de principios según los cuales deben organizar el Estado y la sociedad la lucha contra el crimen"²⁴. Para Zipf la política criminal es la "obtención y realización de criterios directivos en el ámbito de la justicia criminal"²⁵. Velásquez señala que desde una perspectiva vasta, la política criminal debe entenderse como "política jurídica en el ámbito de la justicia penal", y desde una visión restrictiva es "la disciplina que se ocupa de cómo configurar el derecho penal de la forma más eficaz posible para que se pueda cumplir con su tarea de protección de la

20 LISZT Franz von "Tratado de derecho Penal" Tomo Segundo... op. cit. p. 47.

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

22 STOOOS Carl "Betrachtungen über Kriminalpolitik. En Archiv für Kriminal-anthropologie und Kriminalistik XIV, p. 203. Así citado por LANGLE Emilio "La Teoría..." op. cit. p. 18.

23 LISZT Franz von "Tratado de Derecho Penal". Tomo Segundo... op. cit. p. 56.

24 Así "Nociones de Política Criminal" originalmente "La notion de la politique criminelle. Comunicación al congreso de Derecho comparado de Paris, 1900. Procés-verbaux des Seances et documents, tomo II, p. 533. Citado por LANGLE Emilio "La Teoría..." op. cit. p.

25 ZIPF Heinz "Introducción a la Política Criminal". Traducción de Miguel Izquierdo Macías-Picavea. Edersa. Madrid. España. 1979 p. 4.

sociedad; se fija, por ello, en las causas del delito e intenta comprobar la eficacia de las sanciones penales, pondera los límites hasta donde puede extenderse el legislador el derecho penal para coartar lo menos posible la libertad y las garantías ciudadanas; además discute cómo deben redactarse los tipos penales de manera correcta, y comprueba si el derecho penal se halla construido de tal manera que pueda ser verificado y realizado en el proceso penal”²⁶. Bustos la define como “aquel aspecto del control que tiene relación con el poder del Estado para caracterizar un conflicto social como criminal”²⁷. Para Delmas-Marty la política criminal es “el conjunto de métodos por medio de los cuales el cuerpo social organiza la respuesta al fenómeno criminal”²⁸. Binder la define como “El conjunto de decisiones, instrumentos y reglas que orientan el ejercicio de la violencia estatal (coerción penal) hacia determinados objetivos”²⁹. Para Larrauri la política criminal desde una perspectiva integradora significa: “Las decisiones sobre cómo las instituciones del Estado responden al problema denominado criminalidad (delincuente, víctima, delito) y a la estructuración y funcionamiento del sistema penal (agentes de policía, derecho penal, sistema de justicia penal e instituciones de castigo)”³⁰.

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

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

27 BUSTOS RAMIREZ Juan, HORMAZABAL MALARÉE Hernán “Lecciones de Derecho Penal”... op. cit. p. 29.

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

29 BINDER Alberto M. “Política Criminal”. De la formulación a la praxis. AD-HOC. Buenos Aires. Argentina. 1997, p. 42 a 43.

30 Así LARRAURI PIJOAN Elena “Fundamentos de Política Criminal” en Ciencias Penales. Monografías. Consejo Nacional de la Judicatura. Escuela de Capacitación Judicial. San Salvador, El Salvador. 2001. P. 13.



4. FUNCIÓN DE LA POLÍTICA CRIMINAL.

El área en la cual se desarrolla la política criminal es compleja, pues constituyendo ésta, intrínsecamente una modalidad de las políticas de Estado³¹, su radio de amplitud es extensa -se le considera parte de la política general del Estado- y puede abarcar diversas esferas de la realidad³². Esto lo aclaramos, pues la función de la disciplina aludida que delimitaremos, estará referida básicamente en relación con la dogmática jurídico penal, esta afirmación no pretende ocultar la realidad, de que la política criminal en sus múltiples manifestaciones es un instrumento de control, incluso de dominación, y que puede dirigirse tanto a ámbitos previos y remotos del delito, como a las conductas desviadas conceptualizadas en ese nivel. Sin embargo estas cuestiones de las cuales estamos conscientes no pueden ser abordadas en amplitud en el presente artículo, por lo que bastará la siguiente reseña.

En tal sentido conviene diferenciar de la política criminal -que tiene un marco de mayor amplitud- la denominada política penal que se expresara en las decisiones que el poder político asume como formas de control social normativo, de carácter general y altamente formalizado en toda su estructura, que a su vez constituye el denominado sistema penal³³. Esta distinción entre política criminal y política penal, es lo que -siguiendo los principios rectores de Naciones Unidas- se nomina como política criminal en sentido amplio y política criminal en sentido estricto³⁴.

-
- 31 Entendemos el termino "política" en el sentido que lo puntualiza Besson, como formas de intervención del poder que constituyen procedimientos de ordenación y dirección. BESSON Waldemar citado por ZIPF Heinz "Introducción a la Política..." op. cit. p. 4. También debemos añadir, que la política criminal se entiende como una opción de la política general del Estado o de la política social, que entraña como objeto una situación no sólo compleja, sino problemática como lo es la realidad social, y que precisamente por ello, actualmente se entiende que la política criminal, esta íntimamente ligada, a otras disciplinas como la criminología -entre otras- que pueden proporcionarle fuentes de información empírica que sirvan para estructurar un mejor diseño en sus formulaciones políticocriminales: Así BARATTA Alessandro "Política Criminal entre la política de seguridad y la política social" en Delito y Seguridad de los Habitantes. Coordinador Elías Carranza. Siglo Veintiuno editores. Madrid. España. 1997, p. 81.
- 32 Ver MORENO HERNÁNDEZ Moisés "Dogmática Penal y Política Criminal" en La Ciencia Penal y la Política Criminal en el umbral del Siglo XXI. Coloquio Internacional. Instituto Nacional de Ciencias Penales. México D.F. 1996, p. 31.
- 33 El sistema penal es en palabras de Zaffaroni el conjunto de medidas de control social de carácter penal que a su vez abarcan diversos subsistemas. ZAFFARONI Eugenio Raúl "Sistemas Penales y Derechos Humanos en América Latina. De Palma. Buenos Aires. Argentina. 1981, ps. 7 y ss.
- 34 Cuando se alude a la política criminal en sentido estricto se hace referencia a "la política específica dirigida al sistema de justicia penal con sus componentes tradicionales de legislación penal, policía, poder judicial y sistema penitenciario". En cambio la política criminal entendida de manera amplia se enmarca en "La totalidad del sistema del control social (no sólo el sistema penal) e intercepta con otras áreas de la política estatal, particularmente del sector social, tales como salud, vivienda, educación y trabajo, con su incidencia en la prevención primaria de la criminalidad y en la mayor o menor frecuencia de determinadas formas delictivas". CARRANZA Elías "La interrelación de la Ciencia Penal con

En el contexto que se viene enmarcando, también se ha señalado la distinción que media entre política criminal práctica y política criminal teórica, la primera se sitúa como la totalidad de labores empíricas, que tienen por objeto la evitación del delito y por ende la protección de las personas; la segunda hace referencia, al saber racional que debe informar a la actividades político-criminales prácticas, dándole un sentido de autocontención³⁵. Pues bien, en esa tarea de evitar el delito, la política criminal se estructura en las denominadas: a) medidas de prevención primarias, que son aquellas que se dirigen a la evitación de los orígenes del fenómeno delictivo, en su más amplio espectro y se consideran las más eficaces, pues se extienden a estructuras económicas, sociales, culturales, educacionales, familiares, de valores religiosos o morales etc.; b) medidas de prevención secundaria, que es una actividad disuasoria normativa, pues se pretende la abstención de conductas delictivas, mediante mecanismos intimidatorios respecto de quien comete el delito, y respecto de los espectadores sociales; c) prevención terciaria, que esta vinculada ya específicamente a los diferentes modelos del tratamiento y que pretenden evitar la reincidencia delictiva.

la Política Criminal” en La Ciencia Penal y la Política Criminal en el umbral del Siglo XXI. Coloquio Internacional. Instituto Nacional de Ciencias Penales. México D.F. 1996, p. 51. En este sentido, también ampliamente refiriéndose a un abanico metodológico en cuanto propuestas para la prevención del delito desde perspectivas político-criminales que se enmarcan en la prevención social, prevención situacional, prevención policial : LARRAURI PIOJAN Elena “Fundamentos de Política...” op. cit. ps. 31 a 39. De igual manera resultan importantes los lineamientos que sobre materia de política criminal en un contexto democrático informa Arroyo los cuales pueden ser resumidos en: a) la adjudicación de la seguridad ciudadana corresponde al Estado y es indelegable; b) la visión de una policía comunitaria ; c) la interrelación entre policía y comunidad en un contexto democrático; d) un sistema penal integrado y coordinado en las políticas de justicia, pero asumiendo un total respeto al Estado Constitucional de Derecho y a la ideología del derecho internacional de los derechos humanos; e) la coordinación efectiva entre sector público y privado haciendo énfasis en los programas de inserción de la delincuencia juvenil; f) la realización de planes de prevención diseñados según las características de cada zona y según la focalidad de los problemas sociales -incluido el delito- ; g) el acuíñamiento en toda la gestión pública de medios adecuados para sistematizar la información; h) la erradicación del armamentismo ciudadano. ARROYO GUTIÉRREZ José Manuel “Juez y Democracia en el Siglo XXI” en La Voz del Consejo. N° 4. Período julio-agosto-septiembre 2001. Edición Especial. Consejo Nacional de la Judicatura. San Salvador. El Salvador. 2001, ps. 23 a 25.

- 35 En ese sentido ver SILVA SÁNCHEZ Jesús-María “Política Criminal y Persona” .. op. cit. p. 21. También formulando esta distinción entre una actividad eminentemente científica en su relación con la sistemática jurídica y otra función propiamente práctica en cuanto control del crimen Kaiser quien ha expresado: “Se distingue por la doctrina entre política criminal teórica o científica y práctica, la primera se relaciona a la exposición ordenada de las estrategias, tácticas y medios sociales para la consecución de un control óptimo del crimen lo cual se vincula al análisis científico de las correspondientes deliberaciones y procesos de formación de voluntades del legislador, en concreto a la renovación del concepto de delito. En cambio la praxis de la política criminal esta referida a aquella actividad estatal que pretende controlar el crimen mediante los principios, métodos y medios de derecho criminal y que es ejercida particularmente por juristas. La política criminal basa sus decisiones no solamente en informaciones empíricas, también ha de atender a principios de política jurídica”. KAISER Günther “Criminología”. Una Introducción a sus fundamentos científicos. Traducción de la segunda edición alemana por José Belloch Zimmermann. Espasa-Calpe. Segunda edición. Madrid. España. 1983, p. 60.



Bajo el riesgo de ser muy parcos, se podría considerar que la política criminal, tiene en el marco preanunciado, esencialmente la finalidad de ser un instrumento de contención del fenómeno de la criminalidad, y para ello es oportuno destacar, la función crítica que de las normas penales debe verificar tal disciplina; pero entendiendo que también la dogmática penal, hace aportes importantes a las decisiones político-criminales³⁶, sin embargo debemos al menos indicar que en esa tarea la política criminal, debe para cumplir eficazmente su cometido, interrelacionarse con otras disciplinas, para tener una visión global y no reduccionista del problema social que significa el crimen.

Desde la perspectiva anunciada nos parece muy ilustrativa y actual, la misión que le asigna cierto sector de la doctrina, señalando que la política criminal se vincula de manera esencial respecto de la dogmática a aspectos como: 1) Desarrollar una función orientadora respecto de legisferante, para la innovación de los mecanismos desde el ámbito del derecho penal, incluso proponiendo nuevas instituciones sobre el reforzamiento de tutela de los bienes jurídicos más trascendentes; 2) Es útil, también para dar pautas interpretativas de carácter general a la sistemática penal, cumpliendo una función teleológica, lo cual es admitido, siempre que se mantenga en el límite del mandato de certeza, el cual es irrebutable, en cuanto signifique un perjuicio para los justiciables, sin embargo se señala que tal límite es franqueable siempre que en el marco de su fin se aplique in favor rei³⁷; 3) Una tercera labor que se le traza a la política

-
- 36 En el marco de esta especial interrelación entre dogmática y política criminal se ha dicho: “Se establece de esta manera un proceso de retroalimentación entre dogmática penal y política criminal, haciéndose posible la existencia entre ellas de vasos comunicantes, con mayor o menor fluidez, dependiendo de la cercanía. Como dice Roxin, ambas esferas tienen que compaginarse en una síntesis. Así por ejemplo si en las decisiones políticas que corresponden al legislador, éste plasma en la legislación penal criterios racionales proporcionados por la dogmática. Que son los más adecuados político-criminalmente hablando desde la perspectiva de la Constitución, entonces se observara esa vinculación. Pero, para ello, el legislador debe estar consciente y convencido de haber elegido la mejor, la más consistente, construcción dogmática, cuyas subyacentes bases ideológicas se compaginen con la que debe regir la decisión política, la que en un Estado de derecho y democrático no debe ser otra que la que, a su vez, se corresponda con la de la Constitución”. MORENO HERNÁNDEZ Moisés “Dogmática Penal y Política Criminal” en “La Ciencia Penal y la Política Criminal en el Umbral...” op. cit. p. 40.
- 37 Un ejemplo del rendimiento político criminal, en esta dirección de minimizar la reacción punitiva, puede verse respecto del principio de culpabilidad, en cuanto funciona como límite a la actividad criminalizadora en el marco de las consecuencias, prohíbe traspasar mediante la sanción la proporción de la culpabilidad, lo cual sin embargo no es óbice para graduar por fines políticos criminales la pena por debajo del margen de culpabilidad. En tal sentido ROXIN Claus “Culpabilidad y Prevención en el Derecho Penal”. Traducción de Francisco Muñoz Conde. Reus. Madrid. España. 1981, pp. 44 a 47. En igual sentido el mismo autor cuando recientemente señala: “En cuarto lugar en la categoría delictiva de la responsabilidad, el principio de culpabilidad es el instrumento político criminal más importante para la limitación de la pena. Ciertamente la culpabilidad actúa al mismo tiempo fundamentando la pena, ya que sin ella y su medida no puede ser impuesta. Sin embargo, la tarea de la pena es preventiva, porque no debe orientarse a retribuir, sino a evitar la comisión de futuros delitos. En cambio, político-criminalmente la culpabilidad sólo tiene la función de limitar la medida en que deben perseguirse las metas preventivas para limitar la libertad de la voluntad individual”. ROXIN Claus “La Evolución de la Política Criminal, El Derecho Penal y el Proceso Penal”. Traducción de Carmen Gómez Rivero y María Del Carmen García Cantizano. Tirant Lo Blach. Valencia. España. 2000 ps. 72 a 73.

criminal, es de servir de instrumento crítico de la efectividad o ineffectividad de las normas penales, en cuanto su positividad en la realidad, es por ello, que según los aportes de esta disciplina -y otras en conjunto- es posible trazar posteriormente estudios serios y con contenido científico, sobre la trascendencia del sistema de normas penales, y proponer su reforma³⁸ respetando para ello, los principios fundamentales que informan a una correcta política criminal en el Estado de Derecho³⁹.

Para finalizar esta parte, es oportuno señalar, la visión que tiene Jescheck de la relación de la política criminal y la dogmática en lo que atañe a su función, la cual precisa de la siguiente forma, que citamos literalmente por su conveniencia y claridad: "Junto a la Dogmática jurídico-penal se sitúa, como parte de la ciencia del derecho penal, la política criminal. Esta se ocupa en primer término de la reforma del derecho vigente. De él arranca y asume también las conclusiones de la dogmática jurídico-penal. Sin embargo apoya en los logros empíricos de la criminología sus demandas para la mejora futura del Derecho en vigor. De esa forma la Política criminal actúa de puente entre la Dogmática jurídico-penal y la Criminología. No sólo en Alemania, sino así mismo en otras muchas partes del mundo el importante movimiento internacional para la renovación del Derecho Penal ha producido una revolución favorable al pensamiento que actualmente se orienta hacia la prevención del delito mediante la eliminación de conflictos sociales, al reforzamiento de la conciencia jurídica del pueblo mediante sanciones justas y humanas, y a la reinserción del delincuente en la sociedad".⁴⁰

5. MODELOS POLÍTICO-CRIMINALES.

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

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

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

40 JESCHECK Hans-Heinrich "Tratado de Derecho Penal". Parte General. Cuarta edición... op. cit. pp. 36 a 37.



Dicho lo anterior, debemos indicar que los distintos modelos de política criminal, son reconducibles a dos visiones del poder, la primera, nos presentará un enfoque de política criminal autoritario⁴¹, el segundo nos presenta una panorámica liberal y garantista sobre la forma en que se construye y se ejerce el poder penal. El barómetro para medir si el modelo de política criminal responde a una construcción autoritaria o liberal, es la constatación de en qué grado se maximiza o reducen los principios de dignidad, igualdad y libertad a partir de las decisiones político-criminales, siendo conexas a esta idea, la situación de, en qué intensidad los modelos de política criminal limitan el ejercicio del poder estatal.

Así un modelo de política criminal, que reconozca la dignidad de la persona como fin y no como medio, que potencia la libertad, entendida en su más amplio sentido frente a las finalidades coercitivas del Estado, que de una manera común de predominio a la igualdad en cuanto a los sectores sociales y formas de persecución, y que reconozca límites para su actividad represiva, estará manejándose dentro de un modelo liberal, es decir compatible con un Estado Constitucional.

Por el contrario, un modelo erigido sobre la base de minimizar al hombre en su dignidad, de propalar la expansión del poder punitivo reduciendo los ámbitos de libertad del ser humano, y que promueve selectivamente la persecución penal, en virtud de etiquetamientos cualquiera que estos sean; y que además pretenda cimentarse sobre poderes omnímodos que ambicionan ser irreductibles, es decir, sin valedores a su expansión son modelos autoritarios⁴².

En una rápida aproximación a nuestra legislación penal, podemos apreciar las opciones orientativas que informan al sistema penal y su reforma. Los nuevos códigos penales, vistos en un sentido sistemático -es decir como unidades funcionales

41 Sobre esta visión que repasa modelos como el de la autoritarismo marxista, el fascismo nacionalista o integrista, el nacional socialismo etcétera ver DELMAS-MARTY Mireilla "Modelos Actuales de Política Criminal"... op. cit. ps. 32 a 36.

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

interdependientes- se acercan bastante a la formulación de un derecho penal garantista o liberal⁴³, que emana directamente del marco político de la Constitución, es decir en términos generales responde a una idea propia de un Estado demoliberal y Constitucional de Derecho⁴⁴.

Por el contrario, el movimiento reformista o contra-reformista se aleja del modelo constitucional y se alza sobre la imagen de un modelo autoritario y absoluto que pretende ser ilimitado, sólo así se explica la expansión punitiva de amplio espectro -ya al estilo de guerra- que se impulsa al nivel de derecho penal de fondo, procesal y de ejecución en cuanto a las reformas propuestas y aprobadas. Dentro del marco señalado entre política criminal autoritaria y liberal pasaremos a la exposición de las direcciones específicas, la cual no tiene un carácter omnicompreensivo, sólo destacándose las corrientes más principales que serán reducidas a dos vertientes.

5.a. Dirección de Ley y Orden.

La visión de la política criminal, como catalizador de un derecho penal maximizado, y orientado en términos alopáticos frente a la manifestación de la criminalidad, ha permitido impulsar la corriente de "ley y orden"⁴⁵, la cual sostiene que ante el fenómeno del aumento del crimen, debe responderse con un aumento de las sanciones penales, exacerbando tanto su radio de acción en cuanto incriminación de modalidad de conductas, como de las sanciones que para estas se prevén, es decir se preciniza como solución de los conflictos sociales, el endurecimiento de la respuesta punitiva en el siguiente orden: a) ante el aumento de la criminalidad, mayor severidad en las penas; b) ante nuevas formas de conductas que afecten la "tranquilidad pública" nue-

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

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

45 Las consideraciones que aquí se expondrán tienen su base en los apuntes de clases de diversos cursos recibidos con los profesores Ignacio Berdugo Gómez de La Torre, José Ramón Serrano Piedecabras, Eugenio Raúl Zaffaroni, Juan Bustos Ramírez, David Baigún, Sergio Yáñez Pérez, Alfonso Cadavid Quintero, Fernando Pérez Alvarez, José Manuel Arroyo, Francisco Dall'Anese y Alfredo Chirino Sánchez sobre Derecho Penal y Teoría del Delito.



vas incriminaciones delictivas con penas drásticas; c) ante la violencia del delito, instauración de penas irreversibles como la pena de muerte, de prisión perpetua o penas de prisión de largo alcance; d) Se utiliza un discurso de guerra o de combate frente al fenómeno de la delincuencia el cual se traslada al área normativa mediante reformas autoritarias; e) Se propugna la reducción de garantías básicas del Estado Constitucional de Derecho, Illegándose al fraude de la constitución.

En suma, los problemas del cuerpo social, para esta doctrina deben enfrentarse sobre la base de un aumento de la legislación punitiva de amplio espectro, lo cual significa, la expansión del derecho penal no solo en cuanto a la duración de las sanciones previstas, sino también en cuanto a la criminalización de las figuras; es decir se pretende resolver todo problema que se presenta mediante la actuación del derecho penal. Se apuesta por una profundización de la prevención general y especial negativa hasta el ámbito de pretender, el pavor de los ciudadanos ante la pena ejemplarizante, así como la inoquización del justiciable; el hombre es considerado una "especie irredenta", su eliminación se justifica, bajo la consideración que el delito -y en este caso la persona que delinque- debe ser eliminada para que ya no vuelva delinquir. Se pretende al final una disminución del marco de garantías a todo nivel, derecho penal de fondo, procesal penal, de ejecución, prevención administrativa, con el pretexto de que estas -las garantías- sólo favorecen a la criminalidad. Al final el problema -social- del delito se presenta como una batalla entre buenos y malos con caracteres metafísicos que debe ser conjurado mediante una "santa cruzada". Ese es el panorama que la renovada orientación de ley y orden presenta y que tiene oscuros antecedentes ⁴⁶.

5.b. Orientación garantista de la Política Criminal.

Esta tendencia, parte de la idea que la política criminal es un instrumento racional del poder, para enfrentar el fenómeno de la criminalidad como lo que es, un complejo problema social, que debe ser abordado desde la perspectiva del Estado Constitucional, es decir entendida ya no como simple "política penal" de carácter punitivo, sino como instrumento real de transformación no sólo institucional sino que también del tejido social; por el cual la reacción penal para que cumpla su fin debe ser utilizado como último mecanismo y únicamente en aquellos casos en que las particularidades complejas del conflicto hagan absolutamente necesaria la intervención punitiva, bajo ese panorama de acción, se formula una opción político criminal que tenga como presupuestos: a) el respeto por la dignidad del ser humano, el cual no puede ser mediatizado en sus planos esenciales para fines estatales; b) la opción de criminalizar

46 Se ha indicado con acierto, que del fundamento peligrosista y de defensa social, propio del positivismo más radical, nació la corriente de ley y orden, y su regeneración como modelo de política criminal actual, se ha derivado de las pavorosas doctrinas de "seguridad nacional" hasta converger a la corriente de "seguridad ciudadana. Ver TOCORA Fernando "Política criminal en América Latina". Ediciones Librería del Profesional. Primera edición. Bogotá. Colombia. 1990. ps. 137 a 154.

sólo aquellas conductas, en la medida que afecten o representen un peligro real para bienes jurídicos cimentados sobre la persona humana; c) el respeto absoluto al principio de culpabilidad, el cual debe funcionar como limite para la prevención general positiva, así como para la prevención especial positiva; d) la vigencia absoluta del principio de estricta legalidad; e) la adopción de un derecho penal de mínima intervención; f) el desarrollo de políticas idóneas de prevención en áreas sociales, culturales, educacionales, económicas, y la incorporación de alternativas de sanción de carácter administrativo o civil; g) la limitación del poder penal, en el sentido que la producción de violencia estatal, sea la mínima y que sea altamente formalizada e institucionalizada, es decir controlable en sus aspectos primarios, secundarios y terciarios; h) la vigencia plena del sistema de garantías constitucionales.

Un modelo apropiado de política criminal garantista, sobre la base de un derecho penal mínimo, es el que propone Ferrajoli con unos presupuestos, que deben en cualquier clase de persecución delictiva considerarse irreductibles, pues sólo de esa manera quedará legitimado desde el punto de vista interno el ejercicio del *ius puniendi*, tal moldura garantista, el insigne profesor italiano, la vierte sobre un decálogo gradual, sin la cual el ejercicio del poder penal, no corresponde a un estado de Derecho, de ahí que: no pueda haber pena sin crimen, crimen sin ley estricta, ley penal si no hay necesidad de protección de bienes jurídicos, necesidad de protección si no hay lesión o peligro para los bienes jurídicos, no hay lesión sino hay conducta, no hay conducta sin culpabilidad, nadie es culpable sin juicio, no hay juicio sin acusación y sin un juez imparcial, no hay acusación si no hay pruebas que la fundamenten, y las pruebas no son legítimas sin defensa que las contradiga⁴⁷.

6. CONSECUENCIALISMO Y PRINCIPIALISMO.

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

6.a. Orientación a las Consecuencias.

El consecuencialismo no es otra cosa que el derecho penal orientado a las derivaciones empíricas que produce, es decir es una visión de un derecho penal instrumental, por el cual se producen ciertos efectos queridos, y dejan de manifestarse

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



otras consecuencias que se quieren evitar⁴⁸. En tal sentido la denominada orientación a las consecuencias no sólo debe entenderse como mero “utilitarismo”, pues también acoge en su original versión alemana “zweckrational” o “racionalidad instrumental deliberada” -según lo informa Weber-, un componente sustancial de naturaleza valorativa. Así, los aspectos utilitaristas que se devienen del conocimiento empírico, se refundan con los axiomas normativos que sirven como elemento de contención. De ahí que, el consecuencialismo no sólo debe catalogarse como fines instrumentales de control, sino también como asunción sistémica de determinados valores.

Lo dicho hasta acá mueve a afirmar que un derecho penal consecuencial es un derecho teleológico, es decir dirigido a fines político-criminales⁴⁹, que se ven orientados por los fines de la sanción y que a partir de los mismos, permea todo el sistema permitiendo constatar en el campo empírico, lo que a nivel dogmático se ha propuesto, ello soslaya por una parte la posibilidad de un averroísmo científico, sin que sufra mengua el ámbito dogmático que por supuesto debe mantener su estructura nuclear garantista, propia de un Estado de Derecho. De esa manera, por ejemplo lo entiende Cadavid cuando dice: “Así de la construcción del sistema del derecho penal dominante en la actualidad puede decirse que se fundamenta, de manera explícita por lo menos, sobre una serie de opciones valorativas, y no sobre la constatación de estructuras ontológicas que cumplan un papel determinante en cuanto límite de la libertad de

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

49 Así Roxin quien indica “El avance consiste sobre todo en que se sustituye la algo vaga orientación neokantiana a los valores culturales por un criterio de sistematización específicamente jurídico-penal: las bases político-criminales de la moderna teoría de los fines de la pena” ROXIN Claus “Derecho Penal”. Parte General... op. cit. p. 203: el mismo autor a principio de su labor científica respecto de la materia había sostenido que: “El derecho penal es más bien la forma en la que las finalidades político-criminales se transforman en módulos de vigencia jurídica. Si se estructura la teoría jurídica del delito en este sentido teológicamente desaparecerán las objeciones que se formulan contra la dogmática abstracto conceptual proveniente de los tiempos positivistas. Una desvinculación entre construcción dogmática y exactitud político-criminal es, desde un principio, imposible y también pierde su sentido el voluble procedimiento de aprovecharse de la rivalidad entre la labor criminológica y la dogmática jurídico-penal: pues el transformar los conocimientos criminológicos en exigencias político-criminales y éstas a su vez en reglas jurídicas de lege lata o ferenda, es un proceso, cuyos estadios concretos son de igual manera importantes y necesarios para el establecimiento de lo socialmente justo. Tal penetración de la Política criminal en el ámbito jurídico de la ciencia del Derecho penal no conduce tampoco a un abandono o a una relativización del pensamiento sistemático, cuyos frutos en la claridad y seguridad jurídica son irrenunciables; por el contrario las relaciones internas de un sector jurídico, que sólo puede radicar en lo normativo, son puestas de relieve más claramente por un sistema teleológico que por uno deducido de abstracciones o axiomas”. ROXIN Claus “Política Criminal y Sistema del derecho Penal”... op. cit. p. 101 a 102.,

regulación del legislador. Ello no significa que, correlativamente, éste sea titular de una libertad absoluta al legislar: las opciones valorativas que se van adoptando limitan su capacidad de regulación en los ámbitos relacionados con ellas. Así por ejemplo, la adscripción a un modelo de Estado de caracterización fundamental democrática, limita la capacidad de regulación y de estructuración de un esquema de control penal que pudiera resultar irrespetuosa de los derechos humanos, entendidos de manera amplia, como valores y límites que orientan toda la actuación estatal”.⁵⁰

Como se dijo al principio, esta relación de derecho penal y política criminal, actualmente no es rechazada por el grueso de la doctrina, empero tal vinculación debe ser cuidadosamente examinada, porque la orientación a las consecuencias, no debe ser exacerbada, bajo el pretexto de legitimar la instrumentalidad “eficaz” del derecho penal y de la pena, para garantizar un ambiente “puro” de delito. Es por ello que -entendiendo-, deben ser rechazadas las visiones que enfocan las tesis consecuencialistas como puro “utilitarismo”, pues la predicha orientación político-criminal del derecho penal reconoce con fines valorativos, los cuales también son llamados bajo otro modelo de análisis, como justificaciones del derecho penal de legitimación interna⁵¹.

Sobre las posturas consecuencialistas, esta debe ser entendida en su correcta dimensión, lo cual significa, un derecho penal justificado por la protección necesaria que dispensa a los bienes jurídicos, y que en la realidad por su constatación no representara un ejercicio innecesario de violencia estatal, ello porque la norma no puede justificarse por sí misma, es decir de manera autopoyética, y debe ser valorada en cuanto a las consecuencias que generará en la realidad, tanto las queridas como las no queridas; en este punto el teleológismo penal, debe vincularse necesariamente no sólo a los fines de la pena, sino a la teoría de protección de los bienes jurídicos que también es un límite para el consecuencialismo⁵².

La orientación a las consecuencias que pretenda penetrar la formalidad de la norma, para constatar los efectos de ésta, en el plano real -bajo una doble dimensión entre predecibilidad y empirismo- debe nutrirse de la concepción de dañosidad social para construir los modelos penales; pero esta construcción no debe ser entendida, como un signo de expansión del derecho penal, al contrario, el fundamento de la

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

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

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



dañosidad social, tiene por finalidad, además de dispensar tutela sólo a aquellos bienes jurídicos que tienen relevancia penal, limitar el criterio de dañosidad de los bienes como mero formalismo.

Es decir que al nivel de merecimiento abstracto o concreto, las conductas que afecten bienes en una relación estrictamente individual y no comporten un plus de lesividad social, deben ser tratados fuera de la órbita del derecho penal, quedando bajo la tutela de otras zonas del ordenamiento jurídico⁵³. Los criterios que permitan superar una visión formalista del derecho, reconocen, la íntima vinculación que existe entre sistemática, política criminal y criminología.⁵⁴

Sin embargo -como lo hemos insistido- esta visión no debe representar desde fines prácticos, la reducción en algún sentido del núcleo de principios y garantías que informan a la dogmática jurídico penal, estos son irreductibles, sin importar las conveniencias pragmáticas que podrían originarse de los fines político-criminales y criminológicos⁵⁵.

-
- 53 Respecto al criterio de dañosidad social se dice: “La doctrina penal de los últimos tiempos ha transformado consecuentemente la concepción del bien jurídico en una teoría de la dañosidad social. Con ello se ha marcado las más importantes orientaciones de la política criminal. En primer lugar, se pone de manifiesto que la teoría y la praxis del Derecho Penal no pueden prescindir de las ciencias sociales y que, más allá del Derecho Penal, se han de tomar en cuenta las necesidades e intereses del sistema social. En segundo lugar se esclarece que no toda lesión de un interés humano (bien jurídico) exige una reacción mediante el derecho penal, sino tan solo aquellas que, además presenta el carácter de socialmente dañosa, es decir que en sus efectos lesivos va más allá del conflicto entre autor y víctima y del daño individual que esta última sufre. En tercer lugar exige al legislador penal que disponga de conocimientos empíricos y que los aplique en la formulación de las conductas punibles y en la previsión de las consecuencias jurídicas”. HASSEMER Winfried “Fundamentos del Derecho Penal”... op. cit. p. 38.
- 54 No es esa la visión del Ministro de Gobernación de la República quien en su disertación en la VIII conferencia Iberoamericana sobre Política Criminal y Delincuencia en El Salvador literalmente expresó: “Lo importante de una definición como la anterior, es que permite poner en perspectiva la política criminal, sustrayéndola de lo puramente criminológico, ubicándola en el mundo de lo político, es decir, de lo social que es donde seguramente corresponde”. Si tal afirmación no viniese del ministro a quien le compete las tareas relacionadas con el sector justicia, tal afirmación sólo sería motivo de preocupación en el plano estrictamente académico, sin embargo esa visión que obviamente es reduccionista, emana de quienes tienen una influencia real en las decisiones político-criminales; y es que la política criminal no es una materia que pueda entenderse aséptica, digámoslo así por antonomasia es una disciplina multirrelacional, y dentro de esta realidad queda comprendido el saber criminológico sin que por ello esta última sustituya a la política criminal en su campo de acción.
- 55 Esta visión de limitación del consecuencialismo en el sentido que no debe responder a cuestiones meramente utilitarias, sino también a planos axiológicos como el criterio de justicia -es puesta de manifiesto por Hassemer- entratándose del merecimiento de pena respecto de la construcción del bien jurídico como interés jurídico penal al considerar que: “El merecimiento de pena es, desde un punto de vista político-criminal, un elemento central del concepto de conducta criminal y tiene un doble componente: un componente de justicia y otro puramente utilitario. Ambos componentes tienen que ser acumulativamente afirmados antes de que el legislador penal pueda hablar de criminalidad y actuar en consecuencia”. HASSEMER Winfried, MUÑOZ CONDE Francisco “Introducción a la Criminología y al Derecho Penal” ... op. cit. p. 66.

No obstante, debe considerarse que la admisión de un derecho penal orientado a las consecuencias en la actualidad⁵⁶ debe ser asumido con precaución para no pervertir esta orientación, de su versión originaria, a finalidades puramente eficientistas bajo cuyo ropaje se pretende exasperar las consecuencias jurídico-penales⁵⁷, abanderadas bajo la consigna que el derecho penal es un “remedio eficaz” para la vida de riesgos y los problemas de seguridad que se plantean en estos últimos lustros. Una concepción de la orientación a las consecuencias, en tal sentido lejos de ser un regulador del poder penal expande su ámbito de acción tanto en cuanto a las áreas a las que se designa su protección, como a la respuestas sancionatorias que brinda, alejándose del control y legitimación que le corresponden al sistema penal en un Estado Constitucional de Derecho.

6.b. Principialismo Penal.

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

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

Precisamente, el apoyo principialista a los aspectos axiológicos, ha sido cuestionado desde planos sustancialistas, que redimensionan los valores únicamente en cuanto se pretenden que sirvan a los fines del sistema social, vaciándolos de sus contenidos

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

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



materiales y clásicos, y aceptándolos sólo y en cuanto sean útiles a la actividad sistemática; sin embargo tal mediatización, es ya en extremo peligrosa respecto de la centralidad del hombre en relación al Estado, pues se desplaza, al fin por los medios, el hombre interesa entonces, en cuanto sea útil al Leviathan o a la sociedad, o a un ilegítimo concepto de bien común, o al interés público, o al sano sentimiento del pueblo, o al interés proletario, o a la seguridad ciudadana etcétera. Bajo ese discurso de la protección y la seguridad de todos, se han permitido, potenciado y justificado, las peores barbaries que contra el hombre ha conocido la humanidad, por lo que cualquier doctrina que pretenda reducir el valor intrínseco del ser humano como tal debe ser cuestionada.

Con lo anterior se indica que un correcto modelo consecuencial, debe por una parte orientarse hacia la prevención del delito, pero dentro del marco de absoluto respeto a los derechos y garantías fundamentales del ser humano. Es decir un modelo absoluto en términos consecuenciales de prevención eficaz del delito -como criterios político-criminales empíricos- no es aceptable en un Estado de Derecho que reconoce que cualquier manifestación del poder estatal y con más intensidad la manifestación del ius puniendi tiene límites intransgredibles, ello indica la adopción de una política criminal valorativa y principialista⁵⁸. Así pues la política criminal sustentada en el principialismo reconoce una vinculación entre tal disciplina y la dogmática penal, pero reconociendo límites que se originan desde ámbito valorativo, los cuales no pueden ser reducidos por fines político-criminales⁵⁹; ello indica que, aunque se acepte que el derecho penal y la teoría del delito pueden construirse desde perspectivas teleológicas, ello no significa una renuncia al Estado Social y Democrático de Derecho, es decir a la visión principialista⁶⁰.

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

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

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

7. POLÍTICA CRIMINAL Y PRINCIPIOS FUNDAMENTALES DEL DERECHO PENAL.

En un Estado constitucional de Derecho, es innegable sostener que las decisiones que se adopten en el ámbito de política criminal, estarán limitadas por una serie de principios rectores, organizados en la más alta jerarquía del orden normativo, que son los grandes postulados que rigen la organización política y jurídica de cada sociedad, los cuales no pueden ser rebasados por decisiones políticas criminales, aunque estas tengan un amplio sentido utilitarista y efectivista. Estos principios de rancio abolengo en las sociedades demoliberales, son una medida respecto de los excesos del poder, tanto los reales como los virtuales, es decir operan en un ámbito formal como material, por un lado previniendo los abusos del poder, por el otro extirpando los efectos de los mismos cuando han acaecido.

7.a. Noción y función de los Principios.

La configuración de principios en todo orden de las ciencias del espíritu, alude a la necesidad de estructurar el conocimiento sobre la base de enunciados principales o rectores, con carácter de veracidad y certeza, por lo que son, como se ha dicho “verdades fundantes”⁶¹ a partir de las cuales se construye todo el sistema de cada área del saber. En el ámbito normativo, estos principios son el eje central de toda la producción normativa y su adopción es el fruto histórico de las luchas del hombre, por asegurar los márgenes de libertad y justicia que le son innatos; su reconocimiento ha discursado desde su concepción iusnaturalista hasta la positivización en las cartas magnas de diversos estados, así como en declaraciones y tratados internacionales.

En materia penal se ha dicho que los principios generales son aquellos “axiomas fundamentales forjados por el hombre desde tiempo inmemorial que convertidos en patrimonio común de los pueblos civilizados, permiten orientar y encausar el derecho represivo por senderos de justicia y seguridad jurídica; posibilitando, además a un nutrido cuerpo doctrina llevar este sistema de conocimiento al elevado grado de racionalización y sistematización teórica y práctica, con el cual cuenta en la actualidad”⁶².

De la base conceptual predicha, es posible desentrañar la función de los principios, entendida como, fuente de limitación para el ejercicio del poder, en este caso del *kratos* penal, y es que a partir de la regulación de los principios, es posible sustentar en el ámbito externo, ya los derechos fundamentales y los mecanismos que garantizan los

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

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



mismos, para servir de valladar al poder criminalizador y sancionatorio del Estado en toda su significación; tanto en la producción normativa, como en cuanto a su interpretación y sistematización⁶³, desterrando la arbitrariedad y permitiendo la intervención racional del derecho penal a través de las orientaciones político-criminales.

7.b. Los principios como límites de la Política Criminal.

En este apartado trataremos de abordar cuáles son los límites de la política criminal, para ello es bueno recordar que aunque reconocemos que entre dogmática penal y política criminal no hay un divorcio en el sentido lisztiano de tal concepción⁶⁴, no por ello aceptamos que las orientaciones político-criminales carezcan de restricciones, al contrario, el reconocimiento que hacemos de un derecho penal orientado a las consecuencias, encuentra su justo límite, en el conjunto de principios que actualmente acuñados desde el plano constitucional, fijan los confines que son irrebables a la actividad político criminal, en otras palabras, estamos afirmando que en virtud de ese marco principialista la “Kriminalpolitik”, resulta controlable mediante la actividad decisoria jurisdiccional, tanto en el plano del control concentrado de la constitucionalidad como en el denominado control difuso de la misma.

La función limitadora del poder estatal en general y del poder penal en particular mediante el correcto uso de los principios que emanan de la carta política ya ha sido reconocida por nuestro tribunal constitucional al indicarse la preeminencia en el orden jurídico de los principios fundamentales que gobiernan nuestra organización como Estado. En este sentido se ha dicho magistralmente, que la Constitución es más que una ley superior, y que en consecuencia se vertebra como cuerpo normativo a

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

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

través de los principios rectores que informan al constitucionalismo teniendo al hombre como centro y fin de toda la actividad estatal⁶⁵, obviamente que ante la majestad de tales axiomas todo poder del Estado debe entenderse que no es absolutamente autárquico, aún entratándose del poder legislativo, y para recalcar tal limite se recurrió por el alto tribunal a la célebre argumentación del Juez Marshall en el sentido que la Constitución como norma suprema sojuzga a todos los poderes estatales⁶⁶.

Visto el panorama esbozado, podemos afirmar que la labor estatal, tendiente a la formulación de las normas penales como actividad incriminadora de conductas punibles, tanto en su vertiente original como en el proceso de reforma y que responde a una de las funciones de la política criminal, debe respetar en cuanto producción normativa, el marco de los principios fundamentales que emanan de la Constitución, acrisolados ya como derechos y garantías primarias⁶⁷.

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

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

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



Tal respeto a ese núcleo esencial e irreductible, impone una actividad de control de las opciones político criminales, que en todo caso deben sujetarse al ámbito de la constitucionalidad, y de no ser así, deben ser conjuradas mediante los mecanismos regulativos que la misma Constitución ha dispuesto para su defensa, cuya tarea impostergable recae en la judicatura como garante de la constitucionalidad. Así, si bien es cierto que se ha reconocido nivel jurisprudencial constitucional que la política criminal acuña como elementos -lo cual puede reconducirse a fines- la prevención del delito, la persecución del delito y de la impunidad, así como la rehabilitación del delincuente; no es menos cierto, que tales metas, se circunscriben a que la actividad estatal encaminada a dichos logros en el área normativa, se someta al cumplimiento exacto de la constitucionalidad y de la estricta legalidad⁶⁸.

En suma, debe quedar claro para nosotros, que la actividad legislativa, que se traduce en la política criminal práctica en el plano normativo, no obstante gozar de libertad configurativa, no debe ser entendida como una actividad arbitraria, irracional, e ilimitada, puesto que tal expresión del poder, encuentra su justa limitación en el marco de los principios constitucionales que emanan de nuestra carta política. Precisamente a continuación se hará un esbozo sobre los más importantes principios que se incardinan en la Constitución y su función limitativa respecto de las cuestiones político-criminales.

8. EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD.

Por su jerarquía el principio de legalidad, es uno de los más importantes axiomas que informan al sistema jurídico continental⁶⁹, su formulación permea todo el ámbito penal desde el derecho de fondo hasta el de ejecución, y se ha erigido desde sus bases político-filosóficas, como instrumento de control del poder estatal⁷⁰, en cuanto a

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

69 La remisión del principio de legalidad al sistema continental o del "civil law" no es antojadiza, pues el principio de legalidad en el sistema del "comom law" aunque tiene reconocimiento, asume una diferente modalidad en virtud de la propia naturaleza en la que se estructura el derecho anglosajón, pues a pesar que este reconoce en principio el Statute Law" o "derecho escrito" son vigentes en tal sistema como fuente de derecho tanto el "Common Law" o "derecho consuetudinario" como el "Judiciary Law" o "derecho judicial" todos los cuales se complementan con la efectividad del "precedents" o precedentes de los más altos tribunales que se pronuncian sobre las cuestiones más relevantes, en tal sentido rige en ese sistema de manera sustancial el principio de "Judge made law" o "el juez crea el derecho". SCHÖNKE Adolf, SCHRÖDER Horst "Strafgesetzbuch-Kommentar" o "Comentarios al Código Penal", séptima edición 1957, p. 46; así citado por MEZGER Edmundo S. "El Derecho Penal en los Estados Unidos de América". Publicaciones del Instituto Nacional de Ciencias Penales. Primera edición. México. D.F. México. 1992 ps. 28 a 29.

70 Con esta connotación de instrumento limitativo del poder penal, aunque denominándolo "principio de intervención legalizada. MUÑOZ CONDE Francisco "Introducción al Derecho Penal". Editorial Bosch, Barcelona, España, 1975, p. 85.

las incriminaciones delictivas, a las sanciones y a los procedimientos para imponer dichas consecuencias jurídicas del delito.

8.a. Fundamentos.

Se ha reconocido tal principio, a partir de la formulación que Feuerbach señalara en el sentido de: *Nulla poena sine lege*, *Nulla poena sine crimine*, *Nullum crimen sine poena legali*⁷¹, aunque sobre sus orígenes y evolución histórica se advierten diversos períodos⁷², lo más importante es que este principio, ha permitido desarrollar una actividad controladora del poder penal, sobre la bases esenciales de igualdad y libertad inmanentes al ser humano, esa es la base política sobre la que se ha erigido el axioma que estudiamos⁷³,

-
- 71 El texto en su original es el que sigue: “ I) Toda imposición de pena presupone una ley penal (nulla poena sine lege). Por ende, sólo la conminación del mal por la ley es lo que fundamenta el concepto y la posibilidad jurídica de una pena; II) La imposición de una pena esta condicionada a la existencia de la acción conminada (nulla poena sine crimine). Por ende, es mediante la ley como se vincula la pena al hecho, como presupuesto jurídicamente necesario. III) El hecho legalmente conminado (el presupuesto legal) está condicionado por la pena legal (nullum crimen sine poena legali). Consecuentemente, el mal, como consecuencia jurídica necesaria, se vinculará mediante la ley a una lesión jurídica determinada”. FEUERBACH Paul Johann Anselm Ritter von “Tratado de Derecho Penal. Común vigente en Alemania... op cit. p. 63.
- 72 Ver por ejemplo CUELLO CALON Eugenio “Derecho Penal”. Tomo I Parte General. Conforme al código penal, texto refundido de 1944. Editorial Bosch. Barcelona. España. Décima edición. 1951, ps. 186 a 187; VELÁSQUEZ V. Fernando “Derecho Penal” Parte General... op. cit. ps 261 a 264; SOLER Sebastián “Derecho Penal Argentino” Tomo I. 5° edición de la Parte General, actualizada por Guillermo J. Fierro. Tipografía Editora Argentina. Buenos Aires. Argentina 1988, ps. 135 a 141; Particularmente ilustrativo ROXIN Claus “Derecho Penal”. Parte General. Tomo I. Fundamentos... op. cit. ps. 141 a 144.
- 73 Visto como principio de estricta legalidad que desarrolla el convencionalismo del sistema penal e informa el modelo garantista se ha dicho en cuanto a su fundamento político: “Dos logros fundamentales de la teoría clásica del derecho penal y de la civilización jurídica liberal se traban con esta concepción. El primero es la garantía para los ciudadanos de una esfera intangible de libertad, asegurada por el hecho de que al ser punible sólo lo que está prohibido por la ley, nada de lo que la ley no prohíbe es punible, sino que es libre o esta permitido: por ius entiende Hobbes la “libertad que la ley me deja hacer de cualquier cosa que la ley no me ordena”. El segundo es la igualdad jurídica de los ciudadanos ante la ley: las acciones o los hechos, cualquiera que los cometa, pueden ser realmente descritos por las normas como <tipos objetivos> de desviación y, en cuanto tales, ser previstos y probados como presupuestos de igual tratamientos penales; mientras que toda prefiguración normativa de <tipos subjetivos> de desviados no pueden dejar de referirse a diferencias personales, antropológicas, políticas o sociales y, por tanto, de concluir en discriminaciones apriorísticas”. FERRAJOLI Luigi “Derecho y Razón”. Teoría... op. cit. p. 36. Coincidente también Roxin en cuanto a los fundamentos políticos de dicho principio, el cual en tal sentido vincula al liberalismo de la época del pensamiento ilustrado señalando que por medio del principio de legalidad se edifica el llamado Estado de Derecho liberal que tiene como uno de sus fundamentos esenciales el control del poder, utilizando para ello, el señimiento de las actuaciones de los representantes del Estado al imperio de la ley, además de la separación de poderes y su ámbito de ejercicio. ROXIN Claus “Derecho Penal”. Parte General. Tomo I. Fundamentos... op. cit. ps. 144 a 145. En la misma línea de pensamiento en cuanto a la tradición iluminista Hassemmer quien indica “La idea de la codificación, es decir, el principio de que los límites de las libertades ciudadanas debían definirse legalmente, constituye el elemento básico de una filosofía del derecho penal influida por el pensamiento de la ilustración... Con él se garantizan que los límites de la libertad de los ciudadanos sean los mismos y rijan para todos sin excepción, y que al mismo tiempo, se determinen con precisión tanto para los ciudadanos como para las instituciones. El principio de legalidad se ha convertido así en uno de los símbolos más característicos del Estado de Derecho. HASSEMER Winfried “Derecho Penal y Filosofía del Derecho en la República Federal de Alemania” en “Persona, Mundo y Responsabilidad...” op. cit. p. 5.



libertad en cuanto potenciar el principio de reserva ciudadano⁷⁴, por el cual para el demos, lo que no está prohibido es permitido, significando en sede criminal, que al nivel de ilícito penal, únicamente aquellas conductas elevadas de manera ex post a ese rango imponen su observancia; en cuanto igualdad, la construcción del supuesto de hecho como categoría abstracta de merecimiento, supone un plano objetivado en el cual, la exterioridad in genere de una conducta puede ser aprendida, sin recurrir a parámetros de personalidad singular, ello ayuda a mantener proscrito las intenciones de hacer viable un derecho penal de autor.

Pero además del fundamento político que se señala para el principio de legalidad, desde el plano jurídico, se ha referido un cimiento con carácter valorativo, consistente en el hecho de que sólo es legítimo prohibir y castigar, aquello que puede ser conocido por el destinatario, en tal exigencia fundó von Feuerbach su teoría preventiva de la pena, bajo el manto del constreñimiento psíquico, para lo cual la ley penal debe ser precedente a la conducta criminal⁷⁵; y aunque se ha considerado que tal doctrina ha sido ya superada, Roxin advierte que para la teoría de los fines preventivos de la pena -bastante en boga en estos últimos lustros-, el pensamiento de von Feuerbach sigue teniendo actualidad, haciendo notar que si bien es cierto, la advertencia e imposición de la pena refuerza la fidelidad en el derecho, ello sólo será idóneamente posible, cuando los destinatarios sepan con precisión y claridad de que conductas deberán privarse o realizar⁷⁶.

De lo dicho hasta aquí se colige, que la originaria versión del principio de legalidad, limitaba su radio de efectividad protector a la conducta criminal y la pena; en la actualidad la formulación del apotegma aludido ha alcanzado un perfeccionamiento mayor irradiando su tutela a otros aspectos de la sistemática penal⁷⁷; abarcan-

74 Con esta visión integral del principio de legalidad. ZAFFARONI Eugenio Raúl "Manual de Derecho Penal"... op. cit. p. 82.

75 En este punto textualmente Feuerbach decía: "Todas las contravenciones tienen su causa psicológica en la sensualidad, en la medida en que la concupiscencia del hombre es la que lo impulsa, por placer, a cometer la acción. Este impulso sensual puede ser cancelado a condición de que cada uno sepa que a su hecho ha de seguir, ineludiblemente, un mal que será mayor que el disgusto emergente de la satisfacción de su impulso al hecho. Para fundar la convicción general acerca de la vinculación necesaria entre esos males y las injurias, será menester: I) Que una ley la establezca como necesaria consecuencia del hecho (conminación legal). FEUERBACH Paul Johann Anselm Ritter von "Tratado de Derecho Penal". Común vigente en Alemania...op. cit. p. 60. (el destacado es del original).

76 Ver ROXIN Claus "Derecho Penal". Parte General. Tomo I. Fundamentos...op. cit p. 146.

77 Así, se distingue entre un principio de legalidad "lato", que es dúctil, y opera como un "espejismo" garantizador, es decir su virtualidad sólo alcanza a cumplir los planos formales; y un principio de legalidad estricto el cual de manera sustancial permite erigirse en controlador efectivo del poder penal, de ahí que tal axioma fundamental, esparza sus efectos protectores a todo el régimen penal, constituyéndose en un límite que prohíbe la arbitrariedad y la discrecionalidad en cuanto a la configuración del hecho delictivo, sus consecuencias jurídicas, su juzgamiento y cumplimiento de sanción en grado subsequentes; requiere pues el nullun crimen sine lege y sine poena ,que además se cumpla con los apotegmas de sine actione, sine damno, sine mesura, sine culpa,, sine iudicio, sine processu, sine accusatio, sine defensione., En tal sentido confrontar FERRAJOLI Luigi "Derecho y Razón..." op. cit. ps. 378 a 381.

do en el derecho penal de fondo cuestiones actuales como las medidas de seguridad, así como las categorías de la parte general por ejemplo en cuestiones de determinación de autoría, de omisión impropia, de causalidad, etcétera. Así mismo, obviamente rige dicho principio respecto de la parte especial, en la determinación de los distintos tipos penales. También en el área instrumental el principio aludido ha cobrado vigencia, pues como bien se señala de muy poco serviría mantener la legalidad en las cuestiones de derecho penal de fondo, cuando en el procedimiento hay una flexibilidad que desformaliza la manera por la cual se imponen las consecuencias jurídicas del delito; y nugatoria sería la fiel observancia del principio de legalidad en los ámbitos penal y procesal penal si en la etapa de ejecución, campea la discrecionalidad y la arbitrariedad para el cumplimiento de las sanciones. De ahí que en su formulación actual el principio de legalidad proteja todas las áreas del derecho sancionador incluyendo las faltas y los ilícitos administrativos, en suma en toda actividad estatal que tenga fundamentos sancionatorios⁷⁸.

El ámbito de expansión del principio de legalidad en materia de derecho penal de fondo se ha reconocido mayoritariamente mediante los subprincipios de que la ley penal debe ser previa, escrita, estricta y cierta⁷⁹, los cuales desarrollaremos en lo que convenga en párrafos subsecuentes.

78 La Sala de lo Constitucional ya tiene por reconocido, que en materia sancionatoria estatal, impera la garantía del principio de legalidad, pues en tal sentido se ha expresado “No hay duda que el Art. 11 de la Constitución reconoce el antiguo principio que prohíbe una pena sin un juicio previo con todas las garantías. Este principio, que se suele expresar con el aforismo *nulla poena sine iudicio* o *sine previo legali iudicio*, junto con los que enuncian *nullum crimen sine legem* *nulla poena sine lege*, y *nulla poena sine culpa*, constituyen el cuádruple fundamento de la legalidad sancionatoria o punitiva en todo Estado de Derecho”. DIARIO OFICIAL Tomo Número 317 del 21 de Diciembre de 1992, Documentos Oficiales, San Salvador, El Salvador 1992..”Sentencia de Inconstitucionalidad de los procesos números 3/92-6/92 de la Ley de Impuesto a la Transferencia de Bienes Muebles y a la Prestación de Servicios” p. 86. (de ahora en adelante Sentencia de Inconstitucionalidad de la Ley del IVA).

79 Con esta visión por ejemplo: BACIGALUPO Enrique “Las Bases Institucionales de la Política Criminal española en los últimos años. El Principio de Legalidad como Tarea Inconclusa” en “De las Penas”. Homenaje al profesor Isidoro de Benedetti. Coordinadores Baigun, Zaffaroni, García-Pablos, Pierangeli. Editorial de Palma. Buenos Aires. Argentina, 1997, p. 2. COBO DEL ROSAL Manuel, VIVES ANTÓN Tomás S. “Derecho Penal”. Parte General, 4^o edición. Conforme al Código penal de 1995. Tirant lo Blanch. Valencia, España. 1996, p. 66. CURY URZUA Enrique “Derecho Penal”. Parte General. Tomo I. Segunda Edición. Editorial Jurídica de Chile. Santiago de Chile. 1988, p. 125. VILLAVICENCIO TERREROS Felipe “Derecho Penal de los Derechos Humanos” en “Justicia para todos”. Jaime Martínez Ventura, compilador, FESPAD ediciones. Primera edición, San Salvador, El Salvador, 1997, p. 125. ROXIN Claus “Iniciación al Derecho Penal de Hoy. Publicaciones de la Universidad de Sevilla, España, 1981, ps. 105 a 110. STRATENWERTH Günter “Derecho Penal”. Parte General... op. cit ps 29 a 39. MAURACH Reinhart, ZIPF Heinz “Derecho Penal”. Parte General... op cit. p. 157.



8.b. Nullum crimen, nulla poena sine lege scripta.

Reconoce este axioma dos cuestiones importantes, la primera se corresponde con el órgano emisor de las normas penales, el cual según lo informa la Constitución es materia reservada para el legislferante ordinario⁸⁰ -es decir el legislativo- en tal sentido la criminalización de conductas con rango de delitos o faltas y las consecuencias que se asocien, es materia exclusiva del poder legislferante en cuanto su construcción, no siendo facultad de los otros órganos de poder el crear conductas merecedoras de pena⁸¹. La otra cuestión atañe a la prohibición de la costumbre⁸² que en materia penal queda interdicha para configurar supuestos delictivos en toda su extensión, es decir en tanto se refiera al supuesto de hecho definidor de la conducta, como a circunstancias particulares⁸³, ergo a situaciones que al nivel de agravantes modifican la responsabilidad penal.

-
- 80 Sirve como fundamento para ello lo dispuesto en los artículos 86 Cn. Que determina que el poder emana del pueblo, que los órganos de gobierno lo ejercerán independientemente y sin delegación dentro de los ámbitos de su respectiva competencia; el artículo 131 N° 5° que prescribe como competencia de la Asamblea Legislativa “Decretar, interpretar auténticamente, reformar y derogar las leyes secundarias”; siendo aplicable el procedimiento de formación de ley que prescriben los artículos del 133 al 143 Cn. Y de manera negativa la no-competencia en esta materia para los restantes órganos según lo establecen los artículos 167, 168 y 182 Cn.
- 81 El fundamento de semejante poder tiene arraigo en poderosas razones político-filosóficas, en el sentido que, para el pensamiento demoliberal, el parlamento representaba la expresión más característica de la voluntad del demos, por lo que esa emanación -más vinculante- de soberanía, legitimaba a este poder, para redefinir los ámbitos de libertad que se ven materializados por las incriminaciones delictivas, y que representan afectación al contorno de la esfera de libertades de las personas; lo cual potencia la filosofía contractualista de la separación de poderes, y limita tanto al poder ejecutivo como al judicial en cuanto creación de conductas delictivas, vinculando la producción normativa a la condición estricta de formalidad, lo que significa que únicamente las leyes emanadas por legislferante tendrían la virtualidad de incriminar conductas criminales. Ver en tal sentido FRIAS CABALLERO Jorge, CODINO Diego, CODINO Rodrigo “Teoría del Delito”. Hammurabi. Buenos Aires. Argentina. 1993, ps. 36 a 37.
- 82 Por costumbre puede entenderse los: “Hábitos adquiridos por repetición de actos de la misma especie” OSSORIO Manuel “Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales”. Editorial Heliasta. Buenos Aires. Argentina. p. 182. Por Derecho consuetudinario “El conjunto de normas jurídicas derivadas de la repetición más o menos constantes de actos uniformes” TORRE Abelardo “Introducción al Derecho”. Duodécima edición actualizada. Abeledo Perrot. Buenos Aires. Argentina. 1999, p. 367.
- 83 Sobre la costumbre tradicionalmente se ha hecho una tripartita clasificación desde sus fundamentos con el derecho romano, así se reconoce la costumbre: a) Secundum legem o costumbre según la ley que es la que sirve para completar o integrar la ley; b) Praeter legem o costumbre fuera de la ley que es aquella que gobierna los casos no previstos por la ley; c) Contra legem o costumbre contraria a la ley que es aquella que esta en antagónica a la ley. En general, la doctrina se ha inclinado por negar legitimidad a la costumbre en sede penal, aunque se mantienen reservas sobre la llamada costumbre integrativa, sobre el particular debe procederse de manera recelosa, ya que la ampliación perjudicial del supuesto de hecho o de la consecuencia, afecta indudablemente la estructuración del tipo como garantía y vulnera el principio de legalidad. Es por ello, que conviene aceptar en este punto lo dicho por Jakobs respecto de la intangibilidad de la remisión a la costumbre -“En lo que concierne al principio de legalidad, éste no cabe eludirlo nunca mediante el derecho consuetudinario, dado que el quebrantamiento de principios del Estado de Derecho no llega a convertirse en Derecho porque tenga conforme al uso prolongado y optima fide”.- Aunque la excepción que el profesor de Bonn alude en el sentido de admitirla como ley penal en blanco merece fundadas reservas por su carácter de uso perjudicial. Ver JAKOBS Günter “Derecho Penal”. Parte General... op. cit. ps. 108 a 109.

Tal garantía se extiende obviamente a las consecuencias jurídicas sean penas o medidas de seguridad; empero, si es admisible la aplicación de cuestiones relativas a la costumbre cuando estas signifiquen parámetros de favorabilidad al justiciable⁸⁴. Esto último resulta explicable bajo dos fundamentos; uno, el uso de circunstancias costumbristas no significa expansión perjudicial del poder penal, que es precisamente lo que la garantía tiene como finalidad mantener incólume; dos, que dichos fenómenos culturales -en relación con la costumbre- significan un elemento importante en la formación y comprensión de la realidad del sujeto valorante, hecho que ab initio no puede ser excluido del conjunto integral valorativo.

En particular para nosotros, de lege lata rige este principio a partir de las siguientes normas: Artículo 15 Cn. "Nadie puede ser juzgado sino conforme a leyes promulgadas con anterioridad al hecho de que se trate..."; Artículo 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que expresa: "Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho nacional o internacional"; Artículo 9 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos que prescribe: "Nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivas según el derecho aplicable.."; Artículo 1 del CP, que reza "Nadie podrá ser sancionado por una acción u omisión que la ley penal no haya descrito en forma previa, precisa e inequívoca, como delito o falta, ni podrá ser sometido a penas o medidas de seguridad que la ley no haya establecido con anterioridad".

Es importante entonces concluir que, al nivel de la exigencia limitativa de *lex praevia*, no es posible incriminar conductas e imponer sanciones, cuando la ley en su sentido material no provenga del órgano reservado por la Constitución, para tal menester, y además que la aplicación de la costumbre con fines perjudiciales incriminativos o sancionatorios, no es admisible bajo ningún título⁸⁵ en nuestro sistema, que en este ámbito recepciona el modelo continental.

84 Así se indica respecto de la exclusión de la costumbre que: "El principio de legalidad implica en primer término la exclusión del derecho consuetudinario. Esto significa que por esa vía no puede crearse ningún tipo penal ni ninguna agravación delictiva (*nullum crimen sine lege scripta*). De esa forma la reserva legal se halla más rotundamente formalizada en el derecho penal que en cualquier otro ámbito jurídico.... En cambio se admite el Derecho consuetudinario que repercute en provecho del reo, como por ejemplo, mediante la creación de nuevas causas de justificación" JESCHECK Hans-Heinrich "Tratado de Derecho Penal". Parte General, cuarta edición... op. cit. p. 119.

85 Muy crítico y definido sobre la proscripción de la costumbre en materia penal cuando desfavorezca al reo ROXIN Claus "Derecho Penal". Parte General. Tomo I. Fundamentos... op. cit. ps. 159 a 161. También en este sentido Polaino quien expresa: "Del principio de legalidad jurídico-penal deriva, de una parte, la exclusión del derecho consuetudinario, en el sentido de que por éste no puede configurarse ningún tipo penal nuevo, ni tampoco agravarse ninguna sanción penal, como proclama el aforismo "*nullum crimen sine lege scripta*". POLAINO NAVARRETE Miguel "Derecho Penal". Parte General. Tomo I. Fundamentos Científicos del Derecho Penal. Editorial Bosch. Barcelona. España. 1996, p. 403. (las bastardillas son del original).



Sin duda, el principal riesgo de la real vigencia del principio de *Lex scripta*, lo constituyen las denominadas leyes penales en blanco en sentido estricto⁸⁶, que se traducen en la elaboración de tipos penales incompletos por parte del legislferante, para que sean colmados por la actividad de producción normativa del poder ejecutivo mediante la vía reglamentaria. Sobre este punto debe señalarse, que al menos en las llamadas leyes penales en blanco impropias, no se presenta la dificultad de fondo, de invasión no legítima de la función legislferante por la vía delegada, pues la complementación del tipo penal tiene como origen la misma fuente de jerarquía, esto es proviene del mismo poder legislferante, aquí podrán presentarse problemas de *lex stricta*⁸⁷ o *certa*, si la formulación no colma el mandato de determinación clara y precisa⁸⁷.

De igual manera debe tenerse sumo cuidado, en lo que respecta a las denominadas leyes penales en blanco estrictas, y en las llamadas leyes penales en blanco al revés⁸⁸, pues si bien es cierto, las primeras confían que el supuesto de hecho sea completado por la norma de reenvío, las segundas permiten que lo que se complete sea la consecuencia jurídica, cuestión que si, ya es sumamente delicada entratándose de leyes penales en blanco impropias, lo serán en demasía cuando tal actividad del legislferante se permite en las leyes penales propias. El uso de leyes penales en blanco, se ha justificado casi de *communi oppino* por la doctrina, en atención a que la variabilidad de las circunstancias del merecimiento de protección de ciertos bienes jurídicos, es en cierta medida condicional a factores externos e internos de múltiple alcance (económico-político-social-cultural etc.) que requieren una efectiva tutela, según las modificaciones que se presentan, en tal sentido conductas al principio inocuas, posteriormente pueden resultar merecedoras de ser contenidas en la esfera penal⁸⁹.

86 El concepto de ley penal en blanco se señala, fue una creación de Binding al referirse éste, al estudio sobre la estructura de la ley penal, y señalar que, ésta se conforma a partir de un precepto, el cual señala la conducta prohibida o la esperada como mandato, y asocia a su incumplimiento una sanción, a estas normas las denominó leyes penales plenas o completas; sin embargo Binding, identificó leyes que sólo tenían un precepto relativamente determinado, los cuales para perfeccionar de manera completa el mandato se remitían a otros textos, a tal práctica denominó leyes penales en blanco.

BINDING Karl "Grundrisse des Deutsehen Strafrechts, Allgemeiner Teil, reimpression de la octava edición, Leipzig, 1913, Scientia Verlag Aalen, 1975, p. 65. así citado por Mezger en infra. Sobre las leyes penales en blanco o tipos penales en blanco es importante traer a cuenta la clasificación que de las mismas hace Mezger al indicar que son leyes penales en blanco en sentido amplio aquellas en las cuales "el necesario complemento está contenido en la misma ley o, por lo menos, en otra ley emanada de la misma autoridad legislativa" y entiende por leyes penales en blanco en sentido estricto aquellas "en las cuales el necesario complemento esta contenido en una ley emanada de otra autoridad legislativa. MEZGER Edmund "Derecho Penal". Parte General. Libro de estudio.. op cit. p. 154.

87 En tal sentido ver CURY URZUA Enrique "Derecho Penal". Parte General... op cit 134.

88 Se entiende por leyes penales en blanco en sentido estricto, las que únicamente remiten para su complemento alguna particularidad del supuesto de hecho, dejando íntegro la determinación de la sanción en el tipo penal referente. Son leyes penales en blanco al revés aquellas que remiten a la norma de complemento la sanción. En tal sentido ver JIMENEZ DE ASUA Luis "Tratado de Derecho Penal" Tomo Segundo. Editorial Losada. Buenos Aires. Argentina. 1950, p. 353.

89 En tal línea de pensamiento por ejemplo pueden consultarse a diversos autores que en representación de sus países presentaron sus ponencias en el Congreso Internacional de Derecho Penal cele-

La necesidad de recurrir a la vía de las leyes penales en blanco, ha permitido según la doctrina, delinear cuales son las condiciones bajo las cuales resulta admisible las tipificaciones de las conductas, según este modelo, ellas son las siguientes: a) Que la determinación esencial de la conducta, se encuentre en la norma referente y no en la norma referida⁹⁰. Lo anterior significa, que la materia de prohibición que integra el tipo penal en su sustrato substancial es la que se debe reservar; así las circunstancias periféricas, si pueden ser objeto de remisión. Con esto se quiere indicar, que la conducta, la modalidad de la misma, la determinación del autor por especialidad, el bien jurídico objeto de tutela, no pueden reenviarse, en tal sentido la definición de la acción u omisión y su forma principal debe estar contenida en el tipo penal en blanco, su modalidad en el sentido de si es dolosa o imprudente, también debe estar precisada con anticipación sin que pueda ampliarse por la norma complementaria, quien es autor y los presupuestos especiales de autoría en caso de haberlos deben estar presupuestados, el bien jurídico resguardado, no puede ser expandido por la norma de reenvío para proteger otros intereses jurídicos distintos.

Corresponde también a la ley penal en blanco, precisar los restantes elementos subjetivos del injusto, así elementos especiales de autoría, de ánimo etc. Por otra parte se admite que las condiciones objetivas de punibilidad y otras condiciones semejantes si pueden estar situadas en las normas de reenvío; b) Se señala que la consecuencia jurídica siempre debe quedar integrada al tipo penal en blanco sin que ni cualitativa o cuantitativamente pueda ampliarse por la norma que complementa⁹¹; c) La determinación de las normas de reenvío debe ser clara y específica, evitando la imprecisión de

brado en Friburgo de Brisgovia, en la República Federal de Alemania 1985, en el cual se trató el tema de “Concepción y Principios del Derecho Penal Económico y de los Negocios y protección al Consumidor”. Y dada la naturaleza del tema a tratar, se enfocó como tópico relevante el de las leyes penales en blanco. Las ponencias se encuentran publicadas en la “Revista internacional de Derecho Penal” 1º y 2º trimestre de 1983, Toulouse, Editorial, Eres, 1983. Citado así por CURY URZUA en “La Ley Penal en Blanco”, Temis. Bogotá. Colombia, 1988, p. 36. Oponiéndose al fundamento de ductilidad del Derecho para justificar las normas penales en blanco ver la posición de FERNANDEZ CARRASQUILLA Juan “Derecho Penal Fundamental”. Volumen I. Introducción al Derecho Penal. Evolución de la Teoría del Delito. Temis. Santa fe de Bogotá. Colombia. 1985, ps. 69 a 73. Es importante señalar, que en todo caso, el respeto al principio de legalidad para no erosionarlo, entratándose de leyes penales en blanco, supondría una destinación de estas normas a sede administrativa, lo que era una conducta de derecho criminal pasa al ámbito administrativo sancionador; ello como se ha señalado, permite por una parte mantener al derecho penal como instrumento de ultima ratio, y además desde los efectos preventivos y tutelares, parece más eficaz el derecho administrativo sancionador, salvo que se quiere exasperar el contenido simbólico de la pena, puesto que como se indica, el derecho penal presenta actualmente serios cuestionamientos en cuanto a su pretendida eficacia. Así se advierte que: “Las experiencias con los “deficit de ejecución” del derecho penal moderno, y con el el “derecho penal simbólico” enseñan que el agravamiento del instrumental del derecho penal (more of the same) no siempre mejoran su idoneidad para la solución de los problemas; esto puede originarse en que la subsidiariedad del derecho penal en relación con otras estrategias de solución jurídicas, o en su caso, estatales o sociales, no es solamente un principio normativo, sino que, además, está bien fundamentado empíricamente: los medios del derecho penal sirven solamente para algunas pocas situaciones problemática”. HASSEMER Winfried “Crítica al Derecho Penal de Hoy”. Norma, interpretación, procedimiento. Límites de la prisión preventiva. Traducción de Patricia S. Ziffer. AD-HOC. Segunda edición. Buenos Aires. Argentina. 1998, p. 65.

90 Ver en tal sentido CURI URZUA Enrique “Derecho Penal”. Parte General... op. cit. p. 137.

91 CURY URZUA Enrique “Derecho Penal”. Parte General... op. cit. 138 a 139.



las mismas o las alusiones en forma genérica; d) Se señala además, que la parte complementaria de la norma referida debe construirse de manera idéntica al tipo, para erradicar la inversión, es decir, si el tipo penal en blanco es prohibitivo, la norma de reenvío debe ser construida de manera también prohibitiva y no a manera de permisiones; e) Por último se señala la prohibición de que la norma de reenvío pueda conceder otra remisión a otro orden normativo, vale decir otro reenvío⁹².

No obstante todo lo dicho, debe enunciarse entre nosotros un elemento de fondo, que representa una reserva, sobre la constitucionalidad de esta forma de creación de la conducta merecedora de pena, el cual radica, en que la criminalización de conductas, siguiendo este modelo afecta sin duda -desde nuestra opinión- el principio político de separación de poderes, y pretende legitimar una actividad, que ya la misma carta política tiene reservada para el órgano que de alguna manera goza del concurso pluralista de las diversas facciones políticas traducido en expresión del pueblo⁹³,

92 Un caso importante, es el desarrollado por el Tribunal de Sentencia de San Vicente, en el cual se señala un doble reenvío en los términos siguientes: “Dentro del delito de depredación de fauna protegida encontramos una serie de elementos tanto descriptivos como normativos, pues estamos en presencia de un tipo penal en blanco, es decir que algunos de sus elementos están regulados por otras disposiciones del ordenamiento jurídico (Ley de conservación de la Vida Silvestre, D.L. 844 del 14/04/94, P.D.O. N° 96 To. 323 del 25/05/94.) distintos de la ley penal ; y en relación a las especies protegidas el artículo 6 letra d) de dicha Ley, establece que el Servicio de Parques Nacionales y Vida Silvestre, dependencia del Ministerio de Agricultura y Ganadería, es el encargado de elaborar y mantener actualizado el Listado Oficial de Especies de Vida Silvestre Amenazadas o en Peligro de Extinción, lo que implicaría en este caso que la Administración estaría desarrollando elementos del tipo penal en blanco dictado por el legislador. Lo anterior podría implicar una infracción al principio de legalidad. Para hacer una interpretación armoniosa con el principio de legalidad en materia penal consagrado en la Constitución y en el Código Penal, tal listado oficial deberá concebirse, no como parte de los elementos normativos del tipo penal, pues implicaría la infracción al principio de reserva de ley, sino más bien como parte de los elementos descriptivos del tipo. Como elementos normativos pueden entenderse las disposiciones de la Ley de Conservación de la Vida Silvestre lo que respecta a la cacería y especies amenazadas en peligro de extinción. Sentencia 16/II/99.” Hernández Valiente René. Coordinador “Líneas y Criterios Jurisprudenciales de los Tribunales de Sentencia y Juzgados de Menores. Año 1999. Centro de Jurisprudencia. Corte Suprema de Justicia. 2000. San Salvador. El Salvador. ps. 45 a 46. Sobre el particular, es importante el destacar la función del principio de legalidad, que se enuncia por el tribunal aludido a lo cual -desde nuestra visión- únicamente se debe agregar que la garantía opera independientemente que se trate de elementos normativos o descriptivos del tipo penal. Del mismo tribunal, es importante citar sobre el particular, de la normas penales en blanco y el peligro de volver dúctil el principio de legalidad lo siguiente : “El cuidado que se debe tener en los tipos penales en blanco al describirlos, es que cuando el legislador hace uso de la técnica legislativa, puede darse casos en los que no se de simplemente una remisión normativa, sino más bien, una habilitación de reglamento para definir delitos, lo que no resulta admisible desde el punto de vista constitucional. Lo importante es, que el legislador debe definir claramente el núcleo esencial del delito; ello puede conllevar a cierta relajación en la reserva de ley; y luego en definitiva, la definición de ciertos elementos del delito quedan en manos de la Administración. Sentencia 16/II/ 99.

93 La delegación del poder incriminador de la conducta del poder legislativo al poder ejecutivo mediante el reenvío a normas de carácter administrativo, trastoca por una parte el equilibrio político que está a la base de la concepción del Estado liberal, el cual supone que el poder con mayor representatividad pluralista de las fuerzas sociales, sea el que limite las libertades, esta situación es esencial en una democracia participativa, en la cual los límites a las libertades -a diferencia del autoritarismo- se asume teniendo en cuenta a

atribución por cierto que por ser esencial es indelegable. Sin embargo, la praxis está demostrando que por este medio, se está permitiendo cada vez más que sea el órgano ejecutivo el que termine legislando, al ir completando de manera no irrelevante el supuesto de hecho. Se invoca como argumento legitimante que los cambios acelerados y la flexibilidad del ámbito administrativo permite una conexión menos formalista con la reforma de ciertas condiciones, las cuales pueden sin mayor obstáculo ser modificadas por el poder ejecutivo.

Pero, es que ahí precisamente, es donde se manifiesta la reductibilidad del principio de legalidad a parámetros intolerables, pues de tal manera, se queda a merced de la voluntad del ejecutivo, para variar la normativa administrativa según convenga a sus intereses ora para incriminar o para desincriminar una conducta, pues la modificación de esta base conceptual -no seamos inocentes- modifica el supuesto de hecho y la tipicidad, permitiendo una manipulación típica en áreas muy sensibles; puesto que generalmente esta forma delegada de legislar acontece en delitos relacionados al medio ambiente, a los delitos alimenticios, al derecho penal económico, a delitos referidos a regular garantías sociales, delitos tributarios, etcétera, con el riesgo de que la manipulación sea en cualquier sentido y en ambos casos rechazable, pues tan intolerable resulta la expansión punitiva, como la impunidad que podría generarse, según por vía ejecutiva se quiera modificar el sustrato normativo al que se reenvía la norma penal originaria, generándose un cambio en el precepto, del cual este resulta o más incriminador o desincriminador, ello atenta también contra una correcta definición del derecho de seguridad jurídica que la Constitución garantiza a los habitantes de la República.

En suma pues es importante dejar por establecida que la conveniencia o la comodidad que representan las leyes penales en blanco, resta consistencia a una de las bases esenciales del principio de legalidad, pues sin ambages, la función suprema de legislar que en materia criminal pertenece al legislativo por reserva de leyes, se delega en el poder ejecutivo, quien de manera posterior norma sobre la tipicidad, y decide al final a su arbitrio que conductas son merecedoras de pena, afectándose con ello el fundamento liberal de la separación de poderes.

8.c. Nullum crimen, nulla poena sine lege praevia.

A partir de este principio, se cumple de manera general, el postulado de que la ley es irretroactiva, es decir, en materia de tipificación y de sanción, la ley -salvo la excepción de favorabilidad- sólo puede dirigirse hacia los hechos sucedidos posterior-

mayorías y minorías, mediante la expresión proporcional de la sociedad representada pluralmente en el poder legislativo, pluralidad de la cual no goza el ejecutivo, el que precisamente por tales carencias es relevado por el poder legisferante. En suma esta traslación de poder en opinión de Alf Ross erosiona las bases de la democracia, pues reduce la posibilidad de participación de los diferentes o de las minorías. Ver en el sentido de estas ideas SQUELLA Agustín "El pensamiento Jurídico y Político de Alf Ross" en Palabras sobre Alf Ross, Editorial Edeval, Valparaíso, Chile, 1986 p. 31 y ss.



mente a su formulación, sin que las normas, ora sean de la parte general, ora de la especial, pueda aplicarse a hechos pretéritos a la vigencia de la misma; ello es así, no obstante que la conducta pueda ser considerada deleznable o requerida de una mayor drasticidad. Se opone pues este axioma a que la ley penal pueda en cuanto al precepto o la sanción ser aplicada retroactivamente si es desfavorable. Al contrario, cuando la nueva normativa supone un beneficio en cuanto al menor contenido desvalorativo del injusto, de la culpabilidad o de las consecuencias jurídicas, se acepta y para nosotros rige de lege conditio su aplicación retroactiva o ultractiva si la favorable era la norma anterior.

Así, se regula, a partir de la Constitución de la República, que en el artículo 21 prescribe: "Las leyes no pueden tener efecto retroactivo, salvo en materia de orden público, y en materia penal cuando la nueva ley sea favorable al delincuente"; los artículos 15 y 9 del P.I.D.C.P. y de la C.A.S.D.H. regulan así mismo la irretroactividad de la ley, excepto en caso de favorabilidad; así mismo en el código penal, se señala la prohibición de retroactividad desfavorable, al prescribirse en el artículo 13 como regla general que, los hechos punibles serán sancionados de conformidad a la normas vigentes al momento de la comisión de los mismos, régimen que se aplica a las medidas de seguridad, con ello queda proscrito, que la ley en cuanto sea desfavorable puede retrotraerse a la comisión de hechos anteriores a su vigencia.

La excepción a la irretroactividad se dispone -artículo 14- cuando la norma ulterior a la que regía al momento de suceder el hecho, es más favorable en su contenido⁹⁴, en tal caso procede en virtud de esa favorabilidad su aplicación retroactiva⁹⁵. Si la vigencia de la norma ocurre cuando la condena se está ejecutando, -artículo 15- la variabilidad favorable de la norma permite adecuar la pena a tal evento, y en el caso en que el hecho por el cual resultó condenado la persona, es descriminalizado en toda su extensión⁹⁶, debe ordenarse la inmediata libertad del justiciable.

94 La aplicación de favorabilidad por el contenido puede ser diversa, así aunque en lo ordinario se dirija a normas de la parte especial del código penal, es decir a la tipificación de delitos, nada obsta, para que tal favorabilidad, se incardine en institutos jurídicos de la parte general, por ejemplo, en materia de tentativa o de causas que eximen o modifican la responsabilidad penal, en el ámbito de autoría o de determinación de pena o a los ámbitos del error, en fin a toda situación que permita una contracción de la norma penal volviéndose más favorable, precisamente por la reducción del marco regulativo.

95 El fundamento de la permisión de la aplicación retroactiva de la ley penal cuando es favorable, debe considerarse bajo el aspecto que, la limitante de irretroactividad tiene como finalidad ser un límite al poder expansivo del Estado, en tal sentido si la retroactividad en lugar de ser perjudicial es beneficiosa para quien soporta la persecución penal, su aplicación no significará una mayor amplitud en el aspecto punitivo, sino una reducción del mismo, por lo que al final siempre se cumple con el postulado de función límite del poder penal estatal. Sobre este tópico es ilustrativo ZAFFARONI Eugenio Raúl "Tratado de Derecho Penal". Parte General. Tomo I. EDIAR. Buenos Aires. Argentina. 1995 ps. 468 a 471.

96 Debe aquí procederse con cautela, en el sentido que la variabilidad de un supuesto de hecho, o del epígrafe de una norma no supone sin más la descriminalización de la conducta, ello porque la norma objeto de variación puede ser de aquellas que tengan un tipo referente y en tal sentido, sólo correspondería readecuar la penalidad, si la causa de un mayor reproche en la pena ha sido ya relevada de un juicio desvalorativo, por ejemplo un homicidio agravado sobre el cual posteriormente se suprime la agravante por reforma de la ley, no vuelve inocua toda la conducta, sino únicamente la causa agravatoria, subsistiendo el desvalor básico que es el homicidio.

La mayor posibilidad de afectar este principio, bajo la modalidad de restringir la aplicación retroactiva por favorabilidad, es recurrir a la estrategia de trasladar normas de carácter penal al régimen procesal penal, bajo la intelección que, la ley procesal penal es irretroactiva, por el imperio del principio "*tempus regis actum*", esta tentación no es ajena en nuestra realidad. En tal sentido, el régimen de la prescripción, en la nueva normativa penal fue ubicado en el código procesal penal; de igual manera la disposición -ahora derogada- que establecía un computo diferenciado a nivel de conversión entre detención provisional y pena de prisión, fue derogada del código penal y remitida al ámbito procesal penal bajo la idea de que las normas de tal naturaleza, son "inocuas" y por ende irretroactivas, pues por su instrumentalidad no favorecen ni desfavorecen, criterio que ha sido razonablemente cuestionado en el sentido de que las normas procesales también son restrictoras de derechos fundamentales⁹⁸.

Otro punto que debe verse con sumo cuidado, es la posibilidad de retroactividad aún en materia penal, cuando se trata de leyes penales en blanco, y el precepto complementario entra a normar una nueva situación, pues la exigencia, es que la norma sea preexistente al hecho, y la norma de reenvío además de ser parte del tipo de injusto, también modifica con caracteres *ex tunc* el supuesto de hecho, en tal sentido al menos en una parte el tipo penal ya no sería absolutamente preexistente al hecho determinante de la imputación.

8.d. Nullum crimen, nulla poena sine lex certa.

Requiere este principio, que en el tipo penal se formule una descripción precisa de las conductas prohibidas, así los comportamientos no deben estar señalados de manera indefinida o mediante cláusulas genéricas, al contrario se impone aquí la determinación taxativa de las acciones u omisiones, mediante una exhaustiva descripción de los requisitos que colmaran el supuesto de hecho; siendo que tal exigencia es valedera tanto para la tipificación de las conductas de la parte especial, como para la

97 Sobre la irretroactividad de la ley procesal el máximo tribunal se ha decantado por la noción de que la ley procesal penal es irretroactiva, diferenciándola de la ley penal, aunque los precedentes de constitucionalidad en esta materia no examinan todas las aristas del problema -quizá- en razón de la peculiaridad del proceso de constitucionalidad. Ver por ejemplo en este sentido los fundamentos que se señalan en la Sentencia de Inconstitucionalidad de la Ley de Emergencia op. cit ps. 141 a 146.

98 Importantes reservas se han formulado desde un sector de nuestra doctrina, al criterio de irretroactividad de la ley procesal -reconocido por inveterada jurisprudencia constitucional- cuyo fundamento ha sido la apieticidad e instrumentalidad de la norma procesal y su puridad determinante del hecho jurídico procesal, señalándose respecto de ello, que una mayor intervención en la zona de restricción de derechos fundamentales impuestos por las nuevas normas procesales deben impedir una aplicación retroactiva. Ver en este sentido los importantes fundamentos que se esgrimen en TINETTI José Albino y otros en "Ensayos N° 1". Tres Temas Fundamentales sobre la Fase Inicial del Proceso Penal. Consejo Nacional de la Judicatura. Escuela de Capacitación Judicial. 1° edición, San Salvador, El Salvador, 1999, 266 a 276.



descripción de las cláusulas de la parte general, pues si estas últimas son indeterminadas se infringe la garantía de *lex certa* por ejemplo la falta de determinación de los requisitos de la tentativa, significaría una expansión punitiva en ese ámbito, lo mismo vale para la ya cuestionada posición de garante. Así, por este sub principio se impone al legislador la exigencia de una definición plausible en términos de certeza de las conductas merecedoras de pena, y ello no es cuestión baladí, pues la razón histórica, demuestra los abusos que por el poder estatal, se han cometido mediante la indeterminación y vaguedad de las conductas delictivas: *vervi gratia* el “comportamiento dañoso al pueblo” o “*volkschädlinge*” del nacionalsocialismo; “la maquinación para alterar la energía y la pureza de los principios revolucionarios y republicanos”, aún después de la revolución francesa pero en la época oscura del jacobinismo; las cláusulas genéricas del derecho penal soviético en el sentido de “sabotaje a la legalidad soviética” o “propaganda antisocialista”. Pero también en nuestro país se ha acuñado esa forma genérica descriptora de las conductas, sólo para ilustrar deben citarse como ejemplo del extinto código penal de 1974 los artículos 376, 377, 378, 379 y 380 que establecían como elemento de la materia de prohibición la contrariedad de doctrinas anárquicas o contrarias a la democracia o en su caso de propaganda subversiva.

La exigencia de que la descripción típica sea cierta se opone en primer lugar a los denominados tipos penales abiertos⁹⁹, que en virtud de la indistinción de los mandatos prohibitivos o imperativos, permite como consecuencia una excesiva discrecionalidad al momento de verificar el juicio de tipicidad, pues en razón de la inexactitud de la materia de descripción, constituida por una formulación imprecisa de la conducta y sus modalidades, se consiente que la autoridad que formula la imputación, pueda colmar el tenor del tipo penal a su entera discreción, como un *posterius* y ya no como un *preuius*, generando si se quiere una doble infracción al principio de legalidad, en el sentido que no sólo se afecta el mandato de certeza de la ley, sino que se permite al poder judicial de manera subterránea la creación de las conminaciones penales¹⁰⁰.

99 Tipos penales abiertos son aquellos en los cuales la determinación del precepto no está claramente expresada en el sentido de prohibición o mandato. Al respecto sobre la conveniencia de esta forma de construir los tipos penales se ha dicho: “La teoría de los tipos abiertos sostiene que en el derecho penal hay tipos de los que no cabe inferir por completo, sino sólo parcialmente, los elementos del injusto de la correspondiente clase de delito... Como tipos abiertos se señalan aquellos “en los que falta una guía objetiva para completar el tipo”, de manera que, prácticamente de la mano del texto legal no podría hacerse una distinción entre comportamiento prohibido y permitido. No obstante la teoría de los tipos abiertos debe ser rechazada, pues si el tipo se concibe en el sentido de clase de injusto (*Unrechtstypus*), sólo puede ser imaginado como “cerrado” porque en otro caso le faltaría precisamente la característica propia del *typus*. JESCHECK Hans-Heinrich “Tratado de Derecho Penal” Parte General. Cuarta edición... op. cit. p. 223.

100 Sólo para reseñar la importancia de esta temática, su actualidad y las profundos problemas que plantea, debe considerarse por ejemplo el fundado cuestionamiento de constitucionalidad que se hace a la institución jurídica de la omisión impropia, en cuanto lesionadora del principio de legalidad por no respetar los fundamentos de *lex praevia*, *scripta* y *stricta*, en cuanto la construcción del tipo penal en buena medida queda al arbitrio del juzgador por los grados de indeterminación que presenta esta figura. Ver DALL’ ANESE RUIZ Francisco, FERNANDEZ VINDAS Rosario y GATGENS GÓMEZ Erick “Omisión Impropia”. Editorial Jurídica Continental. San José. Costa Rica. 2001, pp. 7/26 a 27/ 37 y 79.

La otra forma de expresión de incumplir con el mandato de ley cierta, es la construcción del núcleo del supuesto de hecho mediante clapsulas genéricas, por medio de las cuales se formula una descripción indeterminada de la materia de prohibición, lo cual permite al juzgador fijar los límites de lo prohibido, la invocación -en el nacional socialismo- al sano sentimiento del pueblo alemán, como referente de lo prohibido es el mejor ejemplo de ello¹⁰¹. La garantía de no-indeterminación se extiende a las consecuencias jurídicas del delito, sea pena o medida de seguridad, y entre nosotros esta normada al más alto rango al proscribir el artículo 27 Cn. las penas perpetuas, que en esencia son penas sin determinación de sus límites porque se cumple hasta extinguirse la vida.

También se afecta el principio de taxatividad -y aquí se vincula al de *lex stricta*- cuando el tipo penal erige sobre la excesividad de conceptos normativos en detrimento de elementos descriptivos, pues la preferencia descomedida, sobre elementos que permiten una mayor discrecionalidad valorativa, importan un amplio margen de subjetivismo a la vez que coadyuvan a profundizar la indeterminación conceptual, es por ello que la materia de prohibición, debe ser colmada siempre que así sea posible, mediante elementos descriptivos -los cuales no son totalmente neutros- enervándose lo más posible el uso de elementos normativos o valorativos¹⁰².

Es por ello que actualmente esta garantía de determinación de los tipos penales es reconocida por un sector de la doctrina como garantía de tipicidad en el sentido del esquema bingdiniano de que “no hay delito sin tipicidad” o “kein Verbrechen ohne Tatbestand”. Es importante aquí indicar, que la construcción del tipo penal debe requerir la dotación de un sustrato fáctico que de manera razonable indique con la mayor precisión posible cuales son las conductas merecedoras de sanción, así como la determinación exacta de las consecuencias jurídicas sin recurrir a clapsulas generales o porosas que permitan la utilización dúctil del tipo penal, pues si ello sucede así, la tipicidad -y por ende el principio de legalidad- pierde su función garantizadora y limitativa del poder penal.

101 La norma en concreto (artículo 2 de código penal alemán de aquella época rezaba “Será castigado el que cometa un acto que la ley declara como punible o que merezca serlo con arreglo a las previsiones de la ley penal y al sano sentimiento del pueblo”).

102 Sobre esta exigencia en cuanto disminución de los elementos normativos, en tanto importan, una permisón al subjetivismo se ha dicho: “La técnica normativa que en los ordenamientos modernos asegura este presupuesto es la expresada por el principio de estricta legalidad o de taxatividad penal... Este principio que hemos configurado como la garantía primera y fundamental de un sistema penal cognoscitivo, puede ser caracterizado ahora como una regla semántica metalegal de formación del lenguaje legal que prescribe al legislador penal: a) que los términos usados por la ley para designar las figuras de delito sean dotados de extensión determinados, por donde sea posible su uso como predicados “verdaderos de los” hechos empíricos por ellos denotados; b) que con tal fin sea connotada su intención con palabras no vagas ni valorativas, sino lo más claras y precisas posibles; c) que, en fin, sean excluidas de la lengua legal las antinomias semánticas o cuando menos que sean predisuestas normas para su solución”. FERRAJOLI Luigi “Derecho y Razón...” op cit. p. 121.



En el ordenamiento penal salvadoreño tal garantía tiene su base constitucional en los principios de legalidad, seguridad jurídica y de reserva a partir de lo reglado en los artículos 8 y 15 Cn. La alusión al principio de reserva es ineludible por cuanto si en tal axioma se postula que “Nadie esta obligado a hacer lo que la ley no manda ni a privarse de lo que ella no prohíbe”. Debe concluirse, que una de las maneras de garantizar este principio, es la correcta determinación de las conminaciones penales -la escala más violenta- que por su puntualidad, permiten informar cuales son las conductas prohibidas, en las que el ámbito de libertad del ciudadano ha quedado restringido, y precisamente se requiere como obligación para el Estado, que las prohibiciones queden taxativamente prescritas, para que las personas sepan, cual es la zona de libertad que pueden ejercer sin limitaciones, y cuales son las áreas que están vedadas so pena de ilicitud. Como garantía penal mínima encuentra su expresión en el artículo 1 del Código Penal que a través del principio de legalidad exige una descripción de la conducta precisa e inequívoca. En suma pues, el poder legislativo encuentra un límite en su libertad configurativa por cuanto en materia sancionatoria debe respetar el principio de *lex certa*, de determinación, taxatividad o tipicidad, por el cual no le es dable la construcción de tipos penales abiertos mediante clapsulas genéricas o vagas; sino que debe determinar con la mayor pulcritud posible, tanto el supuesto de hecho como la sanción. La infracción a tal deber torna en inconstitucional la tipificación delictiva, pues como lo ha expresado en este sentido el máximo tribunal en materia de constitucionalidad la construcción de la descripción típica no puede ser difusa genérica y confusa, sino que al contrario la misma tiene que ser precisa, inteligible y cierta¹⁰³.

8.e. Nullum crimen, nulla poena sine lege stricta.

Este principio tiene como finalidad esencial, desterrar del ámbito del derecho penal la aplicación analógica de la ley penal, en el sentido de configuración normativa por la vía judicial. A nivel del principio de legalidad tal como se entiende en el modelo continental, la exigencia de no imputar delitos o imponer penas o medidas de seguridad mediante la dispensa de la analogía, resulta un límite importante, para garantizar

103 Sobre la exigencia para el legisferante de cumplir con el principio de taxatividad la Sala de lo Constitucional expresó: “Ya que la tipificación necesariamente debe realizarse por medio de una ley, si esta reviste el carácter de ser “incompleta y variable” se concluye que la misma no cumple con el requisito de previsión precisa e inequívoca que se exige para la tipificación, requisito que deriva del principio constitucional de legalidad. Y es que, si el tipo penal abarca todos los elementos que condicionan la aplicación de una pena, tal descripción debe identificar adecuadamente la conducta punible, en la medida que sea necesaria para cumplir los requerimientos del principio de legalidad... Ello se confirma aún más si se elabora un examen analítico de la disposición, ya que al prescribir como acción delictiva el “omitir dar cumplimiento a los prescrito en la ley” o “favorecer intencionalmente los intereses del imputado o del ofendido en la investigación de los delitos”, es dejar en plena ambigüedad el hecho punible. Pues siendo el tipo penal la base para la individualización de la conducta humana que será sancionada penalmente, resulta vital que la descripción de la acción -denominada también conducta, acto, hecho- sea, como reza el Código Penal “precisa e inequívoca”. Corte Suprema de Justicia. Sentencia de Inconstitucionalidad de la Ley de Emergencia... op cit. p. 105.

la vigencia del principio de estricta legalidad. Empero, debe reconocerse que los confines que se fijen para hacer viable esta garantía son sumamente dificultosos, pues también tiene incidencia en esta área la problemática de la interpretación de las normas¹⁰⁴. Así se ha dicho, que lo que está proscrito, es la creación analógica de las normas penales o de las consecuencias jurídicas, pero que la interpretación analógica o la interpretación de los tipos penales dentro del sentido de su formulación, están permitidos, puesto que en la actualidad, la labor hermenéutica que los jueces hacen de las normas penales es una actividad legítima; incluso se señala tal necesidad, aludiendo que, aún a nivel de elementos descriptivos el juez debe verificar una labor interpretativa. Es por ello, que la interpretación que debe admitirse es aquella no genere una actividad de aplicación analógica de la ley en su sentido más estricto, con lo cual se requiere que se mantenga la interpretación en los límites del sentido literal posible¹⁰⁵, señalándose que la correcta aplicación a los límites de la interpretación debe ser un equilibrio entre el criterio subjetivo de la interpretación y el criterio objetivo¹⁰⁶.

104 Reconociendo el problema que se suscita a partir de la interpretación de las normas y la aplicación analógica de las mismas entre otros. MAURACH Reinhart, ZIPF Heinz “Derecho Penal” Parte General... op cit. ps. 159 a 160. ROXIN Claus “Derecho Penal”. Parte General. Tomo I. Fundamentos... op. cit. p. 147. HASSEMER Winfried “Fundamentos de Derecho Penal”... op. cit. p. 336. Sobre los sistemas de interpretación en general resulta sumamente ilustrativa la erudita síntesis que presenta Durán -invocando la autoridad de Savigny- los cuales se detallan en: a) interpretación gramatical; b) interpretación lógica; c) interpretación sistemática; d) interpretación histórica; d) interpretación genética; e) interpretación comparativa; f) interpretación teleológica. Abona a ello como herramientas útiles a la labor hermenéutica los siguientes principios generales del derecho: 1) el argumento a pari; 2) el argumento a contrario sensu; 3) el argumento a fortiori; 4) el axioma “ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus; 5) Favori sut amplificanda odiosa sunt restringenda”. Además se señala -citando a Vigo- como prototipo sobre la interpretación jurídico-judicial los siguientes: I) el dogmático o racionalista; II) el irracionalista o arracionalista; III) el político o negativista; IV) el herculeano; V) el funcionalista o pragmático; VI) el procedimentalista; VII) el dialéctico; VIII) el hermenéutico; IX) el analítico; X) el prudencial-retórico. DURÁN RAMÍREZ Juan Antonio “Interpretación Constitucional” en Teoría de la Constitución Salvadoreña. ANAYA BARRA Salvador Enrique y otros. Unión Europea y Corte Suprema de Justicia. 1° edición. San Salvador. El Salvador. 2000, ps. 404 a 416.

105 En tal sentido se señala el siguiente fundamento: “La vinculación de la interpretación al límite del tenor literal no es en absoluta arbitraria, sino que deriva de los fundamentos jurídicopolíticos y jurídicopenales del principio de legalidad. En efecto: el legislador sólo puede expresar con palabras sus prescripciones, y lo que no se desprende de sus palabras, no está prescrito, no “rige. Por eso, una aplicación del Derecho Penal que exceda del tenor literal vulnera la autolimitación del Estado en la aplicación de la potestad punitiva y carece de legitimación democrática. Además el ciudadano sólo podrá incluir en sus reflexiones una interpretación de la ley que se desprenda de su tenor literal, de tal manera que pueda ajustar su conducta a la misma. Por ello, únicamente una interpretación dentro del marco del sentido literal posible puede asegurar el efecto preventivo de la ley y hacer que sea censurable la prohibición de interpretación.”. ROXIN Claus “Derecho Penal”. Parte General. Tomo I Fundamentos... op cit. p. 149 a 150.

106 Ver ROXIN Claus “Derecho Penal”. Parte General. Tomo I. Fundamentos. op cit. pp. 150.



Para no andar con ambages, debemos precisar que, aunque reconocemos la dificultad de la labor interpretativa de los tipos penales, es una realidad -al decir de Hassemmer- que ya la interpretación representa una actividad analógica por la particularidades de la construcción semiótica del lenguaje como actividad comunicacional. Sin embargo el deber de interpretación de un juez que ya no es más “la boca de la ley” debe ser vista con sumo cuidado, pues en virtud de esta realidad, se pueden cometer severas arbitrariedades, extendiendo más allá de lo permitido los alcances del tipo penal.

Para dilucidar lo anterior debe precisarse el alcance que se le ha conferido a la interpretación extensiva, interpretación analógica y analogía. Iniciemos por abordar los alcances de la denominada interpretación extensiva. Aunque las clasificaciones respecto de esta especie de hermenéutica puede abordarse de una manera tripartita -por el sujeto, los efectos o el método- nos interesa aquí destacar la última en el sentido de interpretación extensiva o restrictiva. La primera -*legibus minus volvit, quam scripsit* o el legislador quiere menos de lo que escribe- es aquella, en la que se ciñe, el significado de la disposición interpretada porque se entiende que la norma no pretende abarcar más de lo que está regulando. La segunda -*legibus plus volvit, quam scripsit* o el legislador quiere más de lo que escribe- atiende a la amplitud de la intelección de la norma, en cuanto sus alcances haciendo el interprete coincidir el texto legal con la voluntad del legisferante¹⁰⁷. Mientras la interpretación restrictiva es conforme con el principio de legalidad en su acepción de *lex scripta*, se ha rechazado la interpretación extensiva por cuanto se entiende que vulnera el principio aludido y sólo representa una forma artificiosa de analogía, distinguiéndose cuidadosamente, en que, si la interpretación se realiza dentro del marco regulativo, es decir dentro del sentido literal posible es admisible y conforme al principio de legalidad, concluyéndose que lo que esta prohibido es la interpretación denominada *in malam partem*¹⁰⁸.

107 La doctrina señala para enfatizar el uso desmedido de la analogía mediante el arlequín jurídico de la interpretación extensiva el siguiente caso: “El Tribunal Supremo Federal de Alemania (BGH) tuvo que decidir sobre un caso en el que alguien con ayuda de un automóvil, había cometido un hurto de leña. La norma jurídica penal prescribía que existía un hurto calificado cuando el autor utilizaba, para procurarse el botín, un animal de carga, un bote o un carro tirado por animales. El BGH confirmó la condena por hurto calificado. El Tribunal argumentó que la ley pretende impedir tres cosas: daños en arbustos jóvenes, huida rápida, posibilidad de transportar grandes cantidades. Todo ello se puede conseguir también con un automóvil. Por tanto, se puede decir que “en el sentido de la ley” un automóvil es también un “carro tirado por animales”... Si se le pregunta al Tribunal respondería con seguridad: no hemos trasvasado análogamente (y por tanto infringiendo una prohibición) el elemento “carro tirado por animales” a un vehículo automóvil, sino que hemos interpretado extensivamente (lo que naturalmente esta permitido) el elemento “carro tirado por animales”, comprendiendo en él también al automóvil”. HASSEMER Winfried “Fundamentos del Derecho Penal”... op cit. ps. 334-335.

108 En tal sentido ver: ROXIN Claus “Derecho Penal”. Parte General. Tomo I Fundamentos... op cit. ps. 153 a 155. MIR PUIG Santiago “Introducción a las Bases del derecho Penal”. Concepto y Método. Reimpresión. Barcelona. España. 1982, ps. 318 320; LUZON PEÑA Diego-Manuel “Curso de Derecho Penal” Parte General... op cit. ps. 164 a 165. JESCHECK Hans-Heinrich “Tratado de Derecho Penal”. Parte General. Cuarta edición... op cit. p. 120.

Respecto de la interpretación analógica, se ha sostenido que la misma es admitida cuanto es autorizada por la misma ley, representando sólo un reenvío interpretativo sobre la misma especie¹⁰⁹, con lo cual se informa, no se vulnera el principio de legalidad, puesto que a nivel legislativo, es un recurso permitido siempre que se haya predefinido claramente la especie que servirá de soporte a la interpretación analógica¹¹⁰. La analogía¹¹¹ entendida como fuente de producción normativa, aparece proscrita del derecho penal, en cuanto significa la creación y extensión de preceptos penales o la agravación de las consecuencias jurídicas del delito aún mediante una actividad integrativa de las normas penales; en suma se ha considerado, que la aplicación analógica de las normas, ora que se refiera al supuesto normativo ora en cuanto a las sanciones constituye una violación al principio de legalidad¹¹². Como se expresó a través de la

-
- 109 Así por ejemplo CURY URZUA Enrique “Derecho Penal”. Parte General... op. cit. ps. 156 a 157. LUZON PEÑA Diego-Manuel “Curso de Derecho Penal...”. Parte General. op. cit. p 170.
- 110 En el código penal pueden encontrarse diversas muestras de la aplicación de la interpretación analógica así: En el artículo 129 N° 4 cuando refiere como circunstancia agravatoria especial del homicidio “Con veneno u otro medio insidioso”; Artículo 168 N° 3 que indica la calificante “Mediante engaño, violencia, abuso de autoridad o confianza, o por cualquier medio de intimidación”; el Artículo 215 en cuanto regula el “ardid o cualquier otro medio de engañar o sorprender la buena fe..”
- 111 Por analogía se entiende desde el plano lógico “el razonamiento de lo particular a lo particular análogo o de lo singular a lo singular análogo que busca la afinidad entre un hecho cualquiera y otro semejante”. PAVÓN VASCONCELOS Francisco “Diccionario de Derecho Penal”. Analítico-Sistemático. Segunda edición. Editorial Porrúa. México D.F. 1999, p.79. Para García Máynez la analogía consiste en “atribuir a situaciones parcialmente idénticas -una prevista y otra no prevista por la ley- las consecuencias jurídicas que señala la regla aplicable al caso previsto”. GARCÍA MÁYNEZ Eduardo “Introducción al Estudio del Derecho”, Editorial Porrúa. México D.F. 1958, p. 368. En el ámbito penal la analogía consiste en “asignar regulación jurídica a un caso no regulado ni explícita ni implícitamente por la ley, confrontándolo con otro similar objeto de una norma de ley, y fundándose sobre aquel elemento de semejanza que sirvió de base al legislador para establecer la norma misma”. GOLDSTEIN Raúl “Diccionario de Derecho Penal y Criminología. 3° edición actualizada y ampliada. Editorial Astrea. Buenos Aires. Argentina. 1993, p.66.
- 112 En tal sentido consultar: JESCHECK Hans-Heinrich “Tratado de Derecho Penal”. Parte General. Cuarta edición... op. cit. p. 120; LUZON PEÑA Diego-Manuel “Curso de Derecho Penal” Parte General... op. cit. p.137. COBO DEL ROSAL Manuel, VIVES ANTON Tomás S. “Derecho Penal” Parte General. 4° edición... op. cit. p. 150. SANCHEZ ROMERO Cecilia “Derecho Penal”. Parte General. Doctrina y Jurisprudencia. 1° edición, Editorial Jurídica Continental. San José. Costa Rica. 2000, p. 45. CREUS Carlos “Derecho Penal”. Parte General. 3° edición actualizada y ampliada. Astrea. Buenos Aires. Argentina. 1992, ps. 59 a 60. STRATENWERTH Günter “Derecho Penal”. Parte General... op cit ps. 37 a 39. BACIGALUPO Enrique “Principios de Derecho Penal”. Parte General. 3° edición. AKAL/IURE. Madrid. España, p. 41. Resulta sumamente ilustrativa la Jurisprudencia acuñada en este punto por la Sala Constitucional de Costa Rica que mediante el voto 2996-92 de las quince horas con diez minutos del seis de octubre de mil novecientos noventa y dos, en lo pertinente dijo: “En la aplicación de la regla de oro del derecho penal moderno: el principio “nullum crimen, nulla poena sine previa lege”, recogido en el artículo 39 de la Constitución, el cual también obliga, procesalmente, a ordenar toda la causa penal sobre la base de esa previa definición legal, que en esta materia sobre todo, excluye totalmente, no solamente los reglamentos u otras normas inferiores a la ley formal, sino también todas las fuentes no escritas del derecho, así como toda interpretación analógica o extensiva de la ley -sustancial o procesal-; unas y otras en función de las garantías debidas al reo, es decir en la medida en que no lo favorezcan...”MORA MORA Luis Paulino, NAVARRO SOLANO Sonia “Constitución y Derecho Penal”. Corte Suprema de Justicia. Escuela Judicial. San José. Costa Rica. 1995. pp. 75 a 76.



aplicación analógica de la ley penal, no sólo se vulnera el principio de legalidad en cuanto *lex scripta* sino que además se injuria el de reserva de ley, permitiendo al juez ser creador de las normas, cuando tal potestad corresponde al legislferante por lo que se afecta el principio de *lex scripta*.

Si la analogía *in malam partem* esta proscrita en el ámbito del derecho penal, la doctrina mayoritaria admite que entratándose de favorecer al justiciable se permite la aplicación de la analogía, mediante la interpretación *in bonam partem*¹¹³, con lo cual no se está indicando que el juez pueda crear derecho para favorecer -ello violaría la *lex scripta*- sino que a partir de la regulación normativa ya existente, es plausible extender sus consecuencias favorables a situaciones similares, en principio no comprendidas de manera patente en la literalidad de la regulación normativa, tal procedimiento permite además dar vigencia al principio de igualdad, fomentando el trato semejante normativo para las personas que se encuentren en condiciones de similaridad, lo cual es congruente con el principio de equidad¹¹⁴.

La exigencia que impone el principio de ley estricta, es potenciar una barrera contra la aplicación analógica de la ley penal desfavorable, la cual debe quedar desterrada de un derecho penal que sea fiel al principio de legalidad. Ciertamente, este axioma está íntimamente vinculado con el precedente de *lex certa* pues sólo cumpliendo satisfactoriamente el mismo, podrá erradicarse la instrumentalización de la norma penal, para expandir análogamente su intelección con fines incriminatorios bajo la bandera del proteccionismo normativo.

113 En tal sentido confrontar: JESCHECK Hains-Henrich "Tratado de Derecho Penal". Parte General. Cuarta edición... op. cit. p. 121. ROXIN Claus "Derecho Penal". Parte General. Tomo I Fundamentos... op. cit. p. 158. VELÁSQUEZ V. Fernando "Derecho Penal". Parte General... op. cit. p. 289. MAURACH Reinhart, ZIPF Heinz "Derecho Penal". Parte General... op. cit. p. 163. ZAFFARONI Eugenio Raúl "Manual de Derecho Penal" Parte General... op. cit. ps. 142-143. MIR PUIG Santiago "Derecho Penal". Parte General... op. cit. p. 96. JEAN VALLEJO Manuel "Principios Constitucionales y Derecho Penal Moderno". Estudios sobre cuestiones de especial relevancia constitucional. Primera edición. AD-HOC. Buenos Aires Argentina. 1999, p. 32. BACIGALUPO Enrique "Derecho Penal. Parte General. Hammurabi. Buenos Aires. Argentina. 1987 pp. 87 a 89. MUÑOZ CONDE Francisco "Introducción al Derecho Penal"... op. cit. 151-152. Ilustrativo resulta el fundamento siguiente para la admisión de la analogía favorable: "La analogía está en efecto excluida si es *in malam partem*, mientras que se la admite *in bonam partem*, al estar dirigida su prohibición, con arreglo al criterio general del favor rei, a impedir no la restricción, sino sólo la extensión por obra de la discrecionalidad judicial de la esfera legal de la punibilidad. De ello se sigue en términos más generales el deber de interpretación restrictiva y la prohibición de interpretación extensiva de las leyes penales. <No está permitido extender las leyes penales>, escribió Francis Bacon, <a delitos no contemplados expresamente>; y <es cruel atormentar el texto de las leyes para que éstas atormenten a los ciudadanos>". FERRAJOLI Luigi "Derecho y Razón" Teoría... op. cit. p. 382.

114 Es importante acá señalar que la alusión a la potenciación de la igualdad descansa en la consideración equitativa de la justicia, considerándose que las normas rigen normalmente para casos ordinarios, pero es diferente cuando se está en presencia de casos extraordinarios, en los cuales la intelección ordinaria de la ley acarrearía injusticias. Ver SQUELLA Agustín "La Concepción de la equidad en Aristóteles" en "Dos Concepciones de la Equidad". Valparaíso. Chile. 1981, ps. 13 y ss.



Entre nosotros el principio de prohibición de analogía desfavorable, encuentra su fundamento en el principio de legalidad establecido con rango constitucional en el mencionado artículo 15 Cn. Precisamente a partir de ese cimiento, es que en el código penal, se erige como garantía penal mínima, la prohibición de analogía como límite a la formación de conductas delictivas; es decir en el ámbito de la tipicidad, no puede por semejanza o similitud configurarse la prohibición o elementos constitutivos de ésta, ni tampoco es admisible que se impongan penas o medidas de seguridad aplicando analógicamente la ley penal. Tal garantía debe manifestarse -entendemos- tanto en las normas de la parte especial, es decir las tipificaciones delictivas, pero además en la parte general; y es que en verdad, la vigencia del principio de legalidad sería una quimera, si entendiéramos que no irradia su protección a situaciones de configuración como: la tentativa, la omisión, la autoría, el dolo, la imprudencia, las penas, la dosimetría de las mismas, etc. En todas estas áreas está prohibido la analogía in malam partem, porque los tipos penales que se construyen en la parte especial, tienen dependiendo de las circunstancias, referencia directa complementaria con las normas de la parte general, incluidas las garantías penales mínimas, acuñadas en el título primero del código penal, en virtud de ello la interpretación extensiva que rebasa el sentido literal posible, amparando otras situaciones no reconocidas por el precepto y afectando derechos fundamentales, transgrede los límites del principio de legalidad y debe ser rechazada.

9. PRINCIPIO DE DIGNIDAD HUMANA.

9.a. Fundamentos.

El reconocimiento del hombre como centro y finalidad de toda la actividad estatal, y la aceptación de la primacía de éste, en virtud de la condición de ser humano, es el sustrato que nutre el axioma de la dignidad humana¹¹⁵. Sin embargo, esta noción de la supremacía del hombre -de todo hombre sin distinguir alguno- sobre cualquier ente de su creación, no siempre ocurrió así; el fundamento de tal concepción personalista sólo se vio reconocida a partir de la visión liberal humanista que consideraba a toda persona dotada de libertad y en tal sentido digna desde el plano ético-valorativo, ante lo cual toda organización social del hombre -incluido el Estado- no debe asumir fines trascendentes y autónomos respecto de la persona que sigue constituyendo su fin inmediato¹¹⁶.

115 Un importante bosquejo sobre los alcances de la dignidad humana puede consultarse en TINETTI José Albino y otros en "Ensayos N° 1. Tres Temas Fundamentales... op.cit. pp. 87 a 89.

116 Ver en tal sentido los fundamentos que señalan para el principio de dignidad humana en TINETTI José Albino, BERTRAND GALINDO Francisco, KURI DE MENDOZA Silvia Lizette y ORELLANA María Elena "Manual de Derecho Constitucional" Tomo II. Centro de Investigación y Capacitación. Proyecto de Reforma Judicial. 1ª edición. San Salvador. El Salvador. 1992, p. 667.



La visión de que el hombre es digno por naturaleza no obedece a un solo fundamento, al contrario, son diferentes planos los que le han dado soporte a la materialización de esta concepción -dimensiones religiosas, ontológicas, éticas y sociales¹¹⁷ - y como consecuencia de ello, se han conquistado de manera irreductible los ámbitos siguientes: a) Que la persona humana en atención a su dignidad no puede ser discriminada¹¹⁸; b) Que la persona humana en atención a su dignidad, aunque se encuentre afectada en su condición biofísica psicológica y social no pierde su rango de ser humano; c) Que la persona humana en atención a su dignidad no puede ser privada esencialmente de sus derechos fundamentales; d) Que la persona en atención a su dignidad no puede ser objeto de instrumentalización¹¹⁹.

9.b. Visión antropocéntrica de la dignidad.

En nuestra carta política se reconoce que el hombre es el fin superlativo de la organización estatal¹²⁰, es por ello, que todas las alusiones que se hagan a la base del bienestar colectivo, deben entenderse -en nuestra opinión- supeditadas a la visión personalista del ser humano, así conceptos como bien común, interés público, orden público etc. sólo resultan legitimadas si son reconducidas al hombre en su concepción ontológica y no sobre la base de intereses leviatanicos. Con ello queremos indicar, que la concepción de la dignidad humana, no es compatible con la construcción de modelos estatales autopoyeticos, pues en esa noción, la persona es un ser distante, mediatizado, por los fines estatales que ven en la dignidad del hombre una entelequia más.

117 TINETTI José Albino y otros "Manual de Derecho Constitucional..." op. cit. p. 669.

118 En cuanto a la afectación del principio de dignidad humana mediante tratos discriminatorios es importante citar la opinión consultiva OC-4/84 del diecinueve de Enero de 1984, SER. A. N° 4 en la propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la Naturalización. Opinión en la cual la Corte Interamericana de Derechos Humanos dijo en el fundamento de derecho (55) "La noción de igualdad se desprende directamente de la unidad de la naturaleza del género humano y es inseparable de la dignidad esencial de la persona, frente a la cual es incompatible toda situación que, conduzca a tratarlo con privilegio; o que a la inversa, por considerarlo inferior, lo trate con hostilidad o de cualquier forma, lo discrimine del goce de derechos que si se reconocen a quienes no se consideran incursos en tal situación de inferioridad. No es admisible crear diferencias de tratamiento entre seres humanos que no se correspondan con su única e idéntica naturaleza" y en el fundamento de derecho (57) se expresó: "No habrá, pues, discriminación si una distinción de tratamiento está orientada legítimamente, es decir, si no conduce a situaciones contrarias a la justicia, a la razón o a la naturaleza de las cosas. De ahí que no pueda afirmarse que exista discriminación en toda diferencia de tratamiento del Estado frente al individuo, siempre que esa distinción parta de supuestos de hecho sustancialmente diferentes y que expresen de modo proporcionado una fundamentada conexión entre esas diferencias y los objetivos de la norma, los cuales no pueden apartarse de la justicia o de la razón, vale decir, no pueden perseguir fines arbitrarios, caprichosos, despóticos, o que de alguna manera repugnen a la esencial unidad y dignidad de la naturaleza humana". BIDART CAMPOS Germán, CALOGERO PIZZOLO H. (Coordinadores) "Derechos Humanos" Corte Interamericana. Opiniones Consultivas. Textos completos y comentarios. Ediciones Jurídicas CUYO. Mendoza. Argentina. 2000, ps. 265 a 267.

119 TINETTI José Albino y otros "Manual de Derecho Constitucional..." op. cit. ps. 670 671.

120 Así lo informan -Tinetti y otros- reconociendo a la dignidad humana como principio fundamental al indicar: "El Artículo 1 de nuestra Constitución se abre con la declaración de que "El Salvador reconoce a la persona humana como el origen y el fin de la actividad del Estado..." la cual viene a reafirmar el postulado del preámbulo de que la convivencia nacional se debe establecer con base en el respeto a la dignidad de la persona humana". TINETTI José Albino y otros "Manual de Derecho Constitucional..." op. cit. p. 667.



En la esfera del poder penal se ha reconocido, que el principio de dignidad humana es un límite no reductible, es decir que, el ejercicio del poder punitivo, tanto como creación y sanción de la conducta criminal, como en la persecución y demostración de la misma, así como en la ejecución de las consecuencias, deben respetar sin trasvasar el núcleo esencial de la dignidad humana, por ello, ninguna de estas actividades coactivas del Estado están legitimadas para realizar una intervención que signifique un tratamiento indigno al ser humano¹²¹.

9.c. Reconocimiento Constitucional.

La Sala de lo Constitucional tiene reconocida la primacía de la dignidad humana, como principio fundamentador del Estado y como límite para el ejercicio de la actividad estatal, en cuanto a partir de tal dignidad se le reconocen al ser humano todo un bagaje de derechos fundamentales y garantías para los mismos, que son los que rigen la función de las actuaciones públicas en cuanto prohibición para evitar los excesos del poder¹²². De ahí que en esa línea jurisprudencial dicho tribunal reafirme que la constitución salvadoreña se erige sobre una visión personalista y humanista¹²³, y esta concepción de rancio abolengo liberal, encuentra su más plena expresión en el

121 Manejando la dignidad como límite al ius puniendi en todas sus manifestaciones. SUAREZ SANCHEZ, Alberto "El Debido Proceso Penal". Universidad Externado de Colombia. Bogotá. primera edición. 1998, p. 127.

122 La Sala de lo Constitucional al centrar la actividad del Estado sobre la primacía de la dignidad humana dijo: "Ello significa que la Constitución no es la mera codificación de la estructura política superior del Estado Salvadoreño; sino que, si bien define esa estructura, lo hace a partir de un determinado supuesto y con un determinado contenido. Ese supuesto radica en la soberanía popular o poder constituyente del pueblo -Art. 83 Cn.- y su contenido está integrado esencial y básicamente por el reconocimiento de la persona humana como el origen y fin de la actividad del Estado -Art. 1 Cn.- lo que conlleva a la búsqueda por la efectiva y real vigencia de los derechos fundamentales de la persona". Corte Suprema de Justicia. Sentencia de Inconstitucionalidad de la Ley de Emergencia... op. cit. p. 72.

123 En este punto se dijo: "Es necesario además hacer referencia a la relación de la política criminal con los principios constitucionales; a tal fin, podemos considerar que las premisas esenciales determinadas por la constitución para el comportamiento estatal en general, y sus concretas manifestaciones en el ámbito penal son: .. B. En segundo lugar el respeto de la dignidad de la persona humana, que es, a decir del Preámbulo de la Constitución, uno de los "fundamentos de la convivencia nacional"; y a los derechos fundamentales inherentes a ella, sobre todo porque nuestra Constitución se basa en una concepción personalista o humanista que -según expone Legaz Lacambra- en su esencia "significa dos cosas: una, que el Derecho es obra del hombre; otra, que el Derecho está al servicio del hombre". Tal respeto no debe limitarse a una consideración formal o retórica, sino que debe traducirse en una efectiva tutela a los derechos fundamentales de la persona humana". Corte Suprema de Justicia. Sentencia de Inconstitucionalidad de la Ley de Emergencia... op cit. p. 94. Un precedente importante, sobre la visión de que la persona humana es el centro de toda la actividad estatal, puede confrontarse en Sentencia de Inconstitucionalidad de la Ley del I.V.A... op cit. pp. 77 a 79. Por precedente más reciente el supremo tribunal ha reiterado el decantamiento de la Constitución por una visión humanista y personalista ciniéndolo al caso de la normativa secundaria preconstitucional así se dijo: "Para abordar el análisis y resolución de dicho problema, debe tenerse presente que la actual Constitución se construye sobre un sustrato ideológico personalista o humanista, distinto al de las Leyes Primarias bajo las cuales se promulgaron las disposiciones preconstitucionales...". Sentencia de Inconstitucionalidad de los procesos 4-88; 1-96 acumulados sobre el Decreto-Ley N° 296 emitido por la junta Revolucionaria de Gobierno. Pronunciada por la Sala de lo Constitucional el veinte de junio de mil novecientos noventa y nueve. (referencia: IS00488.99ac. IS00196.99) en Corte Suprema de Justicia. Revista de Derecho Constitucional. N° 31 Tomo I Abril-Junio. 1999. San Salvador. El Salvador. 1999, p. 151.



reconocimiento de la dignidad humana, la cual mediante la vigencia de los principios constitucionales, sirve como limitante a los excesos de los diseños de política criminal, que sobre bases eficientistas rebasan el ámbito de la dignidad de las personas.

Debe pues concluirse, en la importancia que tiene el principio de dignidad humana para todo el sistema del derecho penal, y para la elaboración de los modelos de política criminal en el área de producción normativa. Dicho principio ciertamente es rector, en cuanto límite para el impulso de la actividad punitiva, pues tales funciones deben ejercerse en un contexto de respeto hacia la persona humana, y es que la centralidad de la dignidad del hombre informa e impregna todos los demás principios, así el de lesividad, el de culpabilidad, el de proporcionalidad y otros, encuentran su raíz en el principio que reconoce la primacía de la persona humana como ser digno y el derecho a ser tratado como tal.

En el ámbito penal, la formulación del respeto al principio de dignidad personal, se ve acuñada expresamente como garantía penal mínima, en el artículo 2 del CP bajo una doble dimensión: por la primera, la imputación de un delito o falta en nada desmerece la condición de ser humano de la persona que soporta la imputación, y el derecho a ser tratado dignamente permanece incólume, aunque la imputación haya mutado a atribución delictiva, ni aún la condición de ser culpable hace que la persona humana pierda dicho rango supremo¹²⁴. En razón de la segunda se deriva que, cualquier consecuencia jurídica del delito ora pena o medida de seguridad, aunque tenga la virtud de restringir un derecho fundamental, no lo puede hacer en exceso afectando su núcleo esencial, ni tampoco puede importar un trato inhumano o degradante¹²⁵.

124 Esa visión obviamente es diferente a la sostenida por ciertas agencias del sistema penal que en sendas campañas publicitarias por los medios de comunicación masivos -radio, prensa escrita y televisión- entienden que las personas imputadas y detenidos por los delitos de secuestro no pertenecen a la raza humana, sino a la especie de los mamíferos múridos pues los califican de "ratas" tal apelativo demuestra las consecuencias y extremos a los que se puede llegar mediante líneas de política criminal que ven en el delito no un conflicto social sino un mal que hay que conjurar. Y es que aunque el secuestro sea un delito que causa repudio, ello no legitima a denigrar la dignidad de la persona humana calificándolas como "ratas", si tal visión de la especie humana proviene de funcionarios del Estado ello debe ser motivo de una profunda preocupación, pues los más tristes episodios de la historia humana en cuanto afrentas a la dignidad personal no son disímiles a la concepción inhumana que tal discurso apologetico envía al conglomerado social.

125 Es una paradoja que mientras el artículo 2 de la Constitución prohíba los tratos discriminatorios y que establezca el principio de igualdad para el goce de los derechos civiles. Que en el artículo 4 Cn. se prohíba someter a la persona humana a condiciones que menoscaben su dignidad. Que mientras el artículo 27 de la Cn. prohíban toda pena que sea perpetua, infamante, proscriptiva y toda especie de tormento; así como se señala imperativamente que el diseño del sistema carcelario tendrá como objetivo la corrección y educación del delincuente procurando su readaptación y la prevención del delito; Que mientras el artículo 75 Cn. establezca que la condena por delito genera la pérdida únicamente de los derechos de ciudadano entendido en su referente político. Si todo ello es así, resulta insólito que el artículo 103 de la Ley Penitenciaria objeto de reforma instaure un nuevo régimen de internación especial que afecta de manera excesiva e irrazonable, derechos fundamentales, no sólo de la persona condenada, sino además de otras personas ajenas al delito -lo cual lesiona el principio de culpabilidad en el ámbito de la responsabilidad y la pena personalísima- ello supone a nuestro juicio -y aquí citamos el apartado del voto consultivo sobre tratos discriminatorios de nota número 106 - una finalidad arbitraria, caprichosa y despótica afrentadora de la Constitución y de los derechos fundamentales que reconoce nuestra carta fundamental, pues la afectación de los derechos fundamentales que ésta reconoce, están fundados en la medida, sin afectar de manera esencial su aspecto nuclear, la norma infra constitucional sin embargo los reduce de manera intolerable, transgrediendo el equilibrio constitucional en cuanto a la intensidad de las restricciones.



El postulado de que la actividad coercitiva estatal debe respetar la dignidad humana, descansa en la base de que, para el Estado no es legítimo la manipulación de la persona desconociendo su autonomía ética, ésta en tanto invulnerabilidad de la persona humana en su aspecto deontológico, debe ser resguardada¹²⁶, ante lo cual, los mecanismos de coerción del sistema penal que tiene intrínsecamente una naturaleza afflictiva, deben respetar una ponderación respecto de la afectación que provocaran en los justiciables, esta visión no es nueva se ha venido acuñando desde antiguo y es lo que ha permitido la evolución a un derecho penal más racional¹²⁷.

10. PRINCIPIO DE LESIVIDAD.

10.a. Lesividad y bien jurídico.

La determinación del principio de lesividad, pasa por el enunciamiento -en apretado epitome - de la formulación del bien jurídico desde una perspectiva evolutiva conceptual y funcional, por lo que a ello se procede con la advertencia de que se parte de una síntesis en este aspecto necesaria para los efectos de esta exposición.

10.a.1. Génesis y evolución del Bien jurídico: Génesis.

En este aspecto, podemos iniciar indicando, que el modelo que antecede al delito como lesión de derechos de terceros, es la preeminencia de los regímenes teocráticos, para los cuales, la punición descansaba sobre la injuria al orden divino, mediante la agresión al poder monárquico que lo representaba vicarialmente; de ahí que el derecho penal estuviese impregnado de un sincretismo entre moral, religión y derecho, el delito en esa concepción, también era un pecado, de ahí que la pena reparase la transgresión a ese orden social, mediante una sanción que tenía una función con carácter expiatorio¹²⁸. En ese contexto, la ideología del liberalismo clásico se

126 Para señalar un ejemplo paradigmático, ni la pena que es la máxima imposición que el Estado inflige a un gobernado, puede asumir una dimensión de supresión de la autonomía ética de la persona en el sentido de, por ella, quererle imponer a la persona una propia clave valorativa, la pena como ahí -con preciosa cita de Mir Puig- se indica no debe ser entendida como una imposición de readaptación sino como una opción real de la misma. El texto es el siguiente: “ Tal es el fin determinante al servicio del cual se ubica la pena, entendida la resocialización -a decir de Mir Puig- “no como sustitución coactiva de los valores del sujeto, no como manipulación de su personalidad, sino como un intento de ampliar las posibilidades de la participación en la vida social, una oferta de alternativas al comportamiento criminal”. Corte Suprema de Justicia. Sentencia de Inconstitucionalidad de la Ley de Emergencia... op cit. p. 95.

127 Sobre las ideas de autonomía ética e indemnidad a partir del principio de dignidad humana ver BUSTOS RAMIREZ Juan “Introducción al Derecho Penal”. Segunda edición. Temis. Santa Fe de Bogotá. Colombia. 1994, pp. 29 a 30.

128 Confrontar con: HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán. “Bien Jurídico y Estado Social y Democrático de Derecho. El objeto protegido por la norma penal”. Primera Edición. PPU. Barcelona. España. 1991. p.14.



va a erigir sobre la base de la separación de moral y derecho, distinguiendo que infracciones corresponderían al ámbito secular del derecho penal y cuales quedarían relegadas a otros ordenes. Tal visión parte de la base de libertad y dignidad del hombre como ser dotado de suma racionalidad. De ahí que -según lo informa Rudolphi- en el ámbito de la administración de justicia penal se asume la noción de que el delito debe estar constituido a partir de la lesión de los derechos subjetivos de las personas, este será el sustrato sobre el cual se justificara la pena según la particular visión de Hommels¹²⁹.

Quebrantado el Estado Feudal de orden absolutista, mediante la ideología del iluminismo, la base política-ideológica del contrato social se mediatizó en el derecho penal, legitimando su intervención sobre la base de la exclusiva protección de derecho subjetivos, esa fue la visión liberal y garantista propuesta por von Feuerbach como misión del derecho penal. En esa percepción el delito tendrá como eje central las conductas que dañen derechos subjetivos que pueden ser particulares o del Estado. Tal discurso significó un límite al poder penal del Estado, reflejado en el área del derecho sancionador, pues reducir la actividad punitiva del poder penal, respecto de las conductas que lesionen derechos subjetivos, derivó como consecuencia, una restricción de lo punible en el marco del derecho, puesto que aquellas conductas que afectaban el orden religioso o moral, salieron de la esfera del derecho penal para quedar relegadas a la esfera policial o eclesiástica; así, al derecho penal le correspondería actuar cuando la conducta lesione efectivamente un derecho, y a la policía le correspondería una actividad preventiva para evitar la puesta en peligro de los derechos, lo cual se aduce en aquellas conductas de desobediencia al Estado¹³⁰.

Bajo la visión de Feuerbach el objeto jurídico de protección del delito, se construye sobre la base de los derechos subjetivos, asumiendo una función garantista de corte liberal frente al poder penal del Estado; pues por una parte sólo se tiene como delito aquellas conductas lesionadoras de derechos subjetivos, y en tal sentido se frena la arbitrariedad estatal en la descripción delictiva, enervándose la indeterminación de las acciones delictivas; y por otra, se otorga un ámbito de protección a las libertades del hombre, quien ya no queda a merced de las decisiones discrecionales del poder estatal. En suma, para FEUERBACH, la base material del delito, es decir, su objeto de protección, radica en la lesión de los derechos subjetivos, cuya tutela corresponde al derecho penal¹³¹.

129 En tal sentido RUDOLPHI Hans Hoachim "Los Diferentes Aspectos del Concepto de Bien Jurídico" en Nuevo Pensamiento Penal. Revista de Derecho y Ciencias Penales Año 4. N° 5 a 8. 1975. De Palma. Buenos Aires. Argentina. 1975, p. 333.

130 En tal sentido FEUERBACH Paul Johann Anselm Ritter von. "Tratado de Derecho Penal". Común vigente en Alemania.... op cit ps. 64 a 65

131 De ahí que se indicará sobre el particular: " Quien excede los límites de la libertad jurídica comete una lesión jurídica o injuria. El que lesiona la libertad garantizada por el contrato social y asegurada mediante leyes penales, comete un crimen". FEUERBACH, Paul. Johann, Anselm Ritter Von. "Tratado de Derecho Penal". Común vigente en Alemania... op cit. p. 64.

La Visión de la Restauración. La tesis de que el sustrato material del delito radica en la lesión de derechos subjetivos, fue rápidamente cuestionada por la ideología sustentada en el movimiento de la restauración, pues para sus fines políticos, el derecho penal debería tener un carácter expansivo, es por ello que a partir del fundamento de las ideas Hegelianas (racionalismo histórico) se va a dotar de un alto contenido ético al delito, considerando que éste debe construirse no a partir de las lesiones de derechos subjetivos, sino de la desobediencia normativa, es decir, el objeto de la dañosidad que ampara la norma penal es la voluntad general que emana del Estado, la cual debe ser obedecida según el mandato normativo¹³².

El enfoque de Birnbaum. El aporte del concepto bien jurídico. La anterior visión, que muestra un derecho penal más expansivo y autoritario, fue reformulado por J.M.F. BIRNBAUM quien introdujo en la esfera del derecho penal la categoría de bien jurídico; para el precitado autor, las acciones u omisiones consideradas delictivas, no lesionan derechos subjetivos, sino que afectan bienes jurídicos, los cuales le son concedidos al hombre, ora por el orden natural, ora por la organización social, y en tal sentido tienen un carácter prejurídico. Bajo este orden de ideas, clasifica los delitos en naturales y sociales, según provengan de la fuente de la razón social, y en individuales y colectivos, según atentan contra un bien jurídico colectivo¹³³. En síntesis, BIRNBAUM concluye que las lesiones personales o colectivas, son el objeto de protección del delito, lo cual satisface el Estado mediante la amenaza de la norma penal. En tal sentido se avala también la incriminación morales o religiosas, las cuales se insertan en los bienes colectivos, cuyo sustrato es un sentimiento ético del pueblo¹³⁴.

El concepto de bien jurídico, acuñado por BIRNBAUM se va a vincular con concepciones de índole positivista, pues para ésta corriente del pensamiento (último tercio del siglo XIX) el Estado ha asumido una función decididamente intervencionista, ello significará que en el área del derecho penal, la extensión del poder punitivo del Estado, y el delito se construirá sobre la base de los bienes jurídicos, pero sobre aquellas valoraciones que el Estado estime como necesarias atendiendo a sus propios fines. La noción del bien jurídico dentro del positivismo se erigirá en dos corrientes distintas, la del racionalismo positivista de KARL BINDING y el positivismo iusnaturalista de FRANK VON LISZT¹³⁵.

132 HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán. “Bien Jurídico y Estado social...” op cit. ps. 24-25.

133 HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán. Bien Jurídico y Estado social...” op.cit p. .28.

134 Los fundamentos de la teoría del bien jurídico propuesta por Birnbaum, es objeto de reflexión para hurgar si en esencia la determinación de los bienes como sustrato de la norma penal, significa un límite al poder punitivo estatal, o si por el contrario contribuyó a dotar de una base más sólida al movimiento de la restauración en el sentido de legitimar la intervención punitiva del Estado; esta última parece ser la opción más correcta, puesto que en el pensamiento de Birnbaum se reconoce que el único sujeto capaz de dar sentido a los bienes jurídicos es el Estado como titular de la soberanía. HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán. “Bien Jurídico y Estado Social...” op. cit ps 32-39.

135 HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán. “Bien Jurídico y Estado Social...” op. cit p 39.



10.a.2. Positivismo y Bien Jurídico.

La Tesis de Binding. Para la consideración de BINDING, el bien jurídico es un producto conceptual exclusivamente jurídico -entiéndase normativizado- pues resulta de la voluntad del legiferante contenida en la creación de la norma penal, en tal sentido el bien jurídico como objeto protegido por la norma, ya no tiene un contenido metajurídico, sino objetivado a partir del mundo del derecho¹³⁶ y justificado por sí mismo, por ser una creación del Estado. En suma, los bienes jurídicos se definen como los objetos cosificados de los derechos que constituyen bienes en el plano jurídico¹³⁷; es decir, son las normas las que conforman la esencia del derecho penal, y las mismas son deducibles de la ley penal, pero son precedentes a ellas; tal orden normativo consiste en los imperativos de prohibir o mandar a realizar una conducta. En tal sentido, se afirma que las acciones y omisiones del delincuente no contravienen la ley penal, sino que la cumplen, siendo que, lo infringido son las normas, aunque en el ámbito de la lesión, BINDING aclara que la dañosidad recae sobre los bienes jurídicos que están contenidos en la norma penal. En resumen, la teoría bindigniana, señala que, el delito se constituye por una infracción al deber de obediencia que el ciudadano tiene con el Estado, el cual es el titular de ese derecho subjetivo público, empero el delito no lesiona ni la norma, ni el derecho subjetivo, sino los bienes jurídicos que le sirven de sustrato; en tal sentido, si toda norma penal tiene a su base un interés jurídico, toda desobediencia a la norma constituye una lesión para el bien jurídico que la misma contiene¹³⁸.

La Postura de von Liszt. la comprensión de la noción de bien jurídico para FRANK VON LISZT -que sigue una línea de pensamiento positivista iusnaturalista- es opuesto al contenido formulista contenido por BINDING; para aquél autor, el bien jurídico son “los intereses protegidos por el derecho. Bien Jurídico es el interés jurídicamente protegido. Todos los bienes jurídicos son intereses vitales del individuo o de la comunidad”¹³⁹ con ello se indica que el bien jurídico es una obra de la vida y como tal un interés trascendental de la persona o de la comunidad a la que la tutela del derecho le da la calidad de bien jurídico. La concepción del interés jurídico expuesta, entraña un contenido sociológico, pues el marco referente para la creación de los bienes jurídicos, no lo es el mundo del derecho, sino el mundo social, del cual el legislador los obtiene -los bienes- mediante una decisión política en coherencia con el sustrato social¹⁴⁰; ello es entendible, pues para VON LISZT el derecho penal está íntimamente

136 Ver en tal sentido el análisis que presenta Kaufmann apoyado sobre los mismos estudios de Binding. KAUFMANN Armin “Teoría de las Normas”. Fundamentos de la Dogmática Penal Moderna .Versión castellana de Enrique Bacigalupo y Ernesto Garzón Valdés. Ediciones De Palma. Buenos Aires. Argentina. 1977 p. 91.

137 Para un estudio más pormenorizado de la teoría de las normas de Binding, resulta ilustrativo las referencias de KAUFMANN ARMINN “Teoría de las Normas” op. cit ps. 84 a 101.

138 KAUFMANN ARMINN “Teoría de las Normas” op. cit p. 95.

139. LISZT Franz von “Tratado de Derecho Penal” Tomo Segundo”... op. cit. p. 2

140 En este punto se ha dicho: “El orden jurídico no crea el interés, lo crea la vida; pero la protección del derecho eleva el interés vital a bien jurídico. La libertad personal, la inviolabilidad del domicilio, el secreto de la correspondencia eran intereses vitales, como los derechos de autor e inventor, mucho

vinculado con las distintas ciencias penales, dentro de las que destaca la política criminal, y precisamente en los límites del derecho penal y la política criminal, tal autor sitúa el bien jurídico. En suma von Liszt, conceptualiza el bien jurídico como los intereses vitales del individuo o del colectivo social que se encuentran tutelados por el derecho penal, distinguiendo que estos bienes no son exclusivos del derecho sino de los hombres y les asigna un carácter metajurídico ¹⁴¹.

10.a.3. La Crisis del Bien Jurídico.

El Periodo de la Escuela de Kiel. Durante mucho tiempo la consideración de que el derecho penal, tenía como objeto la protección de bienes jurídicos se mantuvo en el discurso del sistema bajo el esquema de BINDING-LISZT; excepción hecha con el periodo del nacional socialismo, en el cual se excluyó al bien jurídico, como objeto de protección pues los fundamentos teleológicos (Honing) o culturales (Wolf) no significaban una verdadera limitación al poder penal, de ahí que la fuente reconocida para legitimar la función penal fuera “ el sano espíritu del pueblo”; ello indica la instrumentalización de que puede ser objeto el bien jurídico, y las nocivas consecuencias que pueden devenirse tal como se demostró en el corto periodo del Nazismo y de la Escuela de KIEL ¹⁴². La reacción al periodo del oscurantismo nazi, estaría encaminada por dos corrientes: la impulsada por HELLMUNTH MAYER (visión neohegeliana) y la Hans Welzel (visión fenomenológica).

10.a.4. La renovación del bien jurídico. La Visión de MAYER.

Para MAYER el núcleo del delito esta fundado en el desvalor de acción, el cual no alcanza a ser comprendido en toda su extensión por la dañinidad social; en tal sentido no suscribe la tesis de que el derecho penal tendrá por objeto principal la protección de bienes jurídicos; tal función del poder penal se la concede a la vigencia del orden moral del pueblo. Así, aunque no niega que el derecho penal protege bienes jurídicos, mediatiza su tutela a la del orden moral del pueblo. Si la norma penal resulta afectada por la acción disvaliosa, también se afectará a los bienes jurídicos, los cuales son referentes de la vida social del pueblo ¹⁴³.

antes de llegar a estar garantizados por la Constitución contra las intromisiones arbitrarias del poder del Estado, o por las leyes penales, contra las violaciones precedentes de los individuos” LISZT Franz von “Tratado de Derecho Penal” Tomo Segundo... op. cit. p. 2

141 Ver: LISZT, Franz von. “Tratado de Derecho Penal. Tomo Segundo... op. cit 324 a 325

142 Ver las ideas sobre este periodo que expone HORMAZÁBAL MALARÉE Hernán. “Bien Jurídico y Estado Social”... op. cit.ps.63-71.

143 HORMAZÁBAL MALARÉE Hernán. “Bien Jurídico y Estado Social...” op .cit pp.77-80.



El Esquema Welzeniano. Para WELZEL, el fundamento del delito no está en la exclusiva protección de los bienes jurídicos, sino en el quebrantamiento de los deberes de carácter ético-social, en tal sentido el derecho penal cumple una finalidad ético-social al asegurar como misión "la protección de los valores elementales de conciencia, de carácter ético social, y sólo por inclusión la protección de los bienes jurídicos particulares"¹⁴⁴. De ahí que conforme a los postulados welzenianos pueda afirmarse que la verdadera efectividad -la observancia- de los valores del acto que está impregnado por la conciencia jurídica son los que acrisolarán el juicio ético-social de las personas, y de ellos dependerá el fortalecimiento de una conciencia respetuosa de la fidelidad jurídica. En tal sentido aunque WELZEL no excluye de la esfera del derecho penal al bien jurídico, pero no lo inmediateiza como su objeto principal de tutela, sino que lo subordina a las infracciones desvaloratorias de carácter ético-social, de ahí la distinción entre desvalor de acto y desvalor del injusto.

Para este autor el bien jurídico constituye un bien vital de la comunidad, aunque la autoridad del derecho penal está dirigida a otorgar protección a los valores de conciencia de carácter ético social, la cual se logra a través de la escogencia y defensa de los bienes jurídicos, sobre todo en el aporte que tendrá como elemento central de la antijuridicidad material¹⁴⁵, tal posición de Welzel fue objeto de críticas las cuales giraron sobre la base eticista en la cual insertó el derecho penal y que privilegió sobremanera en ese esquema.

10.a.5. Bien jurídico y funcionalismo.

Al principio de exclusiva protección de bienes jurídicos, se han opuesto con diferentes matizaciones las teorías funcionalistas, las cuales tratan de explicar y legitimar al derecho penal desde una perspectiva sociológica¹⁴⁶, abandonando los cimientos filosófico-políticos que sirvieron de base al derecho penal; su fundamento, lo han encontrado en el funcionalismo antiguo y actualmente en el llamado funcionalismo sistémico.

Para el funcionalismo sistémico, la realidad social no se integra esencialmente por cosas, sino por sistemas que se constituyen a través de la interrelación de las conductas de sus miembros, en ese sentido, la sociedad conforma un sistema total, este

144 En el sentido WELZEL Hans "Derecho Penal Alemán"... op.cit p. 5

145 Sobre estas ideas de la función ético social del derecho penal ver: WELZEL Hans "El nuevo Sistema del Derecho Penal". Una introducción a la doctrina de la acción finalista. Versión Castellana de José Cerezo Mir. Ediciones Ariel. Barcelona. España. 1964 ps. 44 a 45.

146 Sobre el desarrollo del funcionalismo y sus fundamentos vinculados a la teoría jurídica ver: VIVES ANTON Tomas S. "Fundamentos del Sistema Penal". Tirant lo Blanch. Valencia. España. 1996 ps 163 y ss.

sistema se ve formado por una pluralidad de actores, que interactúan en situaciones específicas motivadas por recíprocas expectativas. Los fines de los sujetos interactuantes, son los fines del sistema, que resulta privilegiado por encima del hombre. Estos fines, se alcanzarán o se perturbarán, según los sujetos cumplan con la función o no que les otorgue el sistema, y por ende con las expectativas creadas, según el rol que cada uno tenga que asumir¹⁴⁷.

En esta visión, resultan importantes los conceptos de función y disfunción, son funcionales todas las condiciones que permitan y ayuden al desarrollo del sistema, y serán disfuncionales aquellas condiciones que afecten o resten eficacia al mantenimiento del sistema. Ahora, para lograr un funcionamiento sistémico, es necesario un factor de conexión que integre a los sujetos del sistema; tal factor se hace recaer en los aspectos morales, que generan un sistema de valores asumidos por los sujetos del cuerpo social.

Para las teorías del funcionalismo sistémico, el cumplimiento de las expectativas ya no puede dejarse en la confianza que el sujeto cumplirá con su función, dada las complejidades de las sociedades post industriales, así los márgenes de confianza para que el sistema funcione, deben descansar en el ámbito institucional y en tal sentido, el cumplimiento recíproco¹⁴⁸ de las expectativas que permita conexión social, se confiere al sistema normativo.

De tal suerte que la violación normativa, defraudará las expectativas de confianza las cuales sólo se verán renovadas, con la reafirmación del derecho como reacción a las conductas disfuncionales. En suma, y en lo que aquí nos interesa destacar, son eventos disfuncionales, todos los fenómenos -incluido el delito- que afecten el sistema social y escindan el equilibrio sistémico. Desde esa noción, el bien jurídico resulta relativizado a la más mínima expresión, pues lo que interesa proteger es la funcionalidad del sistema, lo cual se realiza mediante la vigencia del orden normativo. Así, para los que se inscriben en el pensamiento funcionalista, el concepto de bien jurídico y su función resulta preocupantemente mediatizado por los fines de la vigencia de la norma.

El pensamiento de Karl AMELUNG. Para Amelung, el contenido del bien jurídico resulta condicionado por lo que es socialmente dañoso, y esta situación se determina por la disfunción de las conductas (acciones y omisiones disvaliosas) que

147 Sobre estas ideas VIVES ANTON Tomas S. "Fundamentos del Sistema..." op. cit. p. 434.

148 Sobre este revalorización del juicio de expectativas ver. SERRANO-PIEDecasas FERNÁNDEZ José Ramón "Conocimiento Científico y Fundamentos del Derecho penal". Gráfica Horizontes. Lima. Perú. 1999 p. 144.

149 Sobre este fundamento ver ROXIN Claus "Derecho Penal". Parte General... op. cit p. 68.



contradican las normas que tienen por objeto mantener la cohesión de la sociedad, lo cual tiene su fundamento en la teoría de los sistemas sociales¹⁴⁹. La dañiosidad de esas conductas, lo serán en cuanto afecten al sistema y no al individuo; es por ello que en esa función de tutela el derecho penal es visto como una opción de política criminal que debe limitarse a asegurar la paz social.¹⁵⁰ Es por ello que AMELUNG entiende como bien jurídico “las condiciones de existencia de la vida social”, e indica que el bien jurídico sólo individualiza al objeto dañado por el delito, pero tal objeto es determinado por el legislador atendiendo a una valoración de dañiosidad social, en tal sentido el legislferante tiene amplios poderes de configuración para determinar que objetos son merecedores de protección, según su noción de nocividad social¹⁵¹.

La Postura de JAKOBS. Para GÜNTER JAKOBS, el bien jurídico no es el instrumento conceptual idóneo para legitimar la función del derecho penal, tal fundamento lo acuerda para la vigencia de las normas. En tal sentido, se indica que el derecho penal desde la vigencia de sus normas -que sería lo esencial- aporta lo necesario para mantener la unidad del sistema social, lo cual se logra asegurando que las expectativas no queden defraudadas mediante las conductas disfuncionales.

En este contexto, se propone reemplazar la función del bien jurídico como objeto de protección de la norma, por la vigencia de la norma misma, constituida ergo en un bien para el derecho penal.¹⁵²

150 Esta visión del bien jurídico con fundamento en la dañiosidad social expuesta en AMELUNG Kurt “Rechtsgüerschutz und Schutz der Gesseschaft 1972. Así citado por ROXIN Claus “El Desarrollo de la Política Criminal desde el Proyecto Alternativo”. Traducción de J. Queralt en “Política Criminal y Reforma del Derecho Penal”. Santiago Mir Puig. Compilador. Temis. Bogotá. Colombia. 1982 p. 8.

151 HORMAZÁBAL MALARÉE Hernán. “Bien Jurídico y Estado Social...” pp. 109-111.

152 En este sentido se dice: “Por lo tanto desde el punto de vista del derecho penal, el bien aparece exclusivamente como pretensión del titular de que éste sea respetado; dicho de otro modo, desde el punto de vista del Derecho Penal el bien no ha de representarse como objeto físico o algo similar, sino como norma, como expectativa garantizada”. JAKOBS Günther “Que Protege el Derecho Penal: Bienes jurídicos o la vigencia de la norma”. Traducción de Manuel Cancio Meliá. Ediciones Jurídicas Cuyo. Mendoza. Argentina. 2001 p. 18. Para tener un panorama aproximativo de la visión de Jakobs sobre la función normativa como garante de la confianza y de las expectativas y su importancia justificativa para el sistema penal, conviene citar algunas de sus particulares consideraciones, así dice él profesor De Bonn “(B) Protección de normas: ¿Por qué la confirmación de la identidad normativa que realiza el derecho penal resuelve un problema social? Porque la constitución de la sociedad (del mismo modo que la de las personas o incluso de sujetos) tiene lugar a través de normas... Dicho de modo extremo: el Derecho debe proteger lo más sagrado, es decir, aquello que “hoy y siempre con sentimientos cada vez más intensos, une cada vez más a los espíritus”... ¿y qué es lo que une? Ciertamente el punto de partida aquí escogido no es una garantía de que las normas en cuestión, sean normas jurídicas en sentido enfático; lo que es su punto de mira es comprender la normatividad en sí. El ulterior reproche de que el asesino “no se le castiga en primer lugar por revelarse contra la norma del 211 StEB sino por destruir una vida humana (Hirsch loc.cit) evidentemente no tiene en cuenta que es “destruir una vida humana” por eso no es más que un mero hecho natural; tan sólo la presencia de una norma -con independencia de cómo ésta esté fundamentada- convierte al sistema psicofísico “ser humano” en un ser humano que no debe ser matado sin razón.” JAKOBS, Günter. “Sociedad, Norma y Persona en una teoría de un derecho penal funcional”. Primera Edición. Editorial Cívitas. Madrid. España. 1996. p.25.

Al excesivo normativismo predicado por el funcionalismo sistémico, se le han opuesto otras formulaciones, que ven en el bien jurídico un instrumento importante para fijar límites al poder estatal, cualquiera sea su manifestación en el orden político, por lo que se devuelve su centralidad al bien jurídico, como objeto de protección de la norma penal y como instrumento de racionalidad limitadora ante el poder penal del Estado, esta visión es la que se desarrollará en párrafos subsecuentes.

10.a.6. Personalismo, constitucionalismo y bien jurídico.

Aunque son diversos autores los que sostienen esta orientación, nos limitaremos a hurgar únicamente respecto de algunos de ellos. Comenzaremos con las ideas de HASSEMER, quien en primer lugar coloca al bien jurídico en un contexto histórico cultural determinado, excluyendo las perspectivas formulísticas; e indica que esta valoración histórica-cultural es necesaria al momento que decisiones político criminales elevan un objeto a la categoría de bien jurídico penal. En tal sentido, la protección del sistema penal mediante la designación de bienes jurídicos protegidos debe tomar en cuenta a los individuos propios que actúan en el sistema, es decir el derecho penal al cumplir con esta misión de merecimiento de los bienes jurídicos debe situarse en la zona de tensión que delimita los espacios entre la personas, la sociedad y el Estado, pero recordando que son los intereses humanos los que al final requieren de la protección penal del poder punitivo y en ese equilibrio es que se justifica la actuación del *ius puniendi*.¹⁵³

HASSEMER expresa además que el bien jurídico como objeto de protección de la norma penal debe reconocer aquellos intereses humanos requeridos de protección penal,¹⁵⁴ y partiendo de una visión personal del bien jurídico (teoría personalista del bien jurídico) reconoce que además de intereses jurídicos personales, concurren otros de carácter universal o colectivos, los cuales admiten siempre que sean congruentes con los bienes jurídicos personales, y que sirvan para tutelar los intereses del hombre; esta justificación la entiende referida al reforzamiento de los bienes jurídicos individuales.¹⁵⁵

153 MUÑOZ CONDE Francisco, HASSEMER, Winfried. "Introducción a la Criminología y al Derecho Penal". Tirant lo Blanch. Valencia. España. 1989 p. 109.

154 Respecto de la protección de bienes jurídicos como misión del derecho penal dice Hassemer "Menos pretenciosas es la opinión que vincula al derecho penal con la protección de bienes jurídicos. Según estas tesis, es suficiente con que el derecho Penal proteja "Bienes vitales" como la vida, la libertad, la salud, la propiedad o la seguridad en el tráfico"; bienes por tanto "que son indispensables para la convivencia humana en sociedad a través de la pena pública." HASSEMER, Winfried. MUÑOZ CONDE, Francisco. "Introducción a la Criminología..." op. cit. p. 103; "Como fundamento del merecimiento de castigo penal de una conducta, al legislador no puede bastarle la referencia a la vulnerabilidad de una norma ética o divina, antes bien tiene que demostrar la lesión de un bien jurídico, es decir tiene que presentar una víctima y mostrar que a la misma le han sido lesionados bienes o intereses". HASSEMER, Winfried. "Fundamentos del Derecho Penal". Traducción de Francisco Muñoz Conde y Luis Arroyo Zapatero. Editorial Bosch. Barcelona. España. 1984.pp.37-38.

155 Partiendo de la clasificación monista del bien jurídico que distingue entre la creación del bien como exclusiva función estatal y la que concibe al bien jurídico como necesaria en cuanto concedan prohibiciones a las personas para su desarrollo, Hassemer indica que los bienes universales resultan justificados en cuanto sirvan "al desarrollo personal del individuo", matizando la reflexión siguiente:



La Posición de ROXIN. También es oportuno señalar, una línea de pensamiento que fundamentan el objeto de protección en el marco constitucional, de entre los más destacados puede citarse a CLAUS ROXIN, quien fundamenta el bien jurídico desde la perspectiva del Estado Constitucional de Derecho. Indica el profesor de Munich, que la actividad estatal tiene como objetivo asegurar las condiciones de vida en comunidad de sus integrantes, lo cual se realiza con la amenaza de la pena, ello resulta legítimo si es para resguardar bienes jurídicos¹⁵⁶. En ese sentido define estos como “circunstancias, dudas o finalidades que son útiles para el individuo y su libre desarrollo en un marco de un sistema social global estructurado sobre la base de esa concepción de los fines o para el funcionamiento del propio sistema”.¹⁵⁷ En suma, ROXIN propone que el Estado como garante de la vida social, debe otorgar protección a los bienes jurídicos fundamentales.

La Postura de Ferrajoli. La concepción Ferrajoliana del bien jurídico, es que el principio de exclusiva protección de bienes se constituye en un límite material para la actividad del *ius puniendi* estatal, en tal sentido el derecho penal criminalizador sólo resulta legitimado desde planos internos, si la tipificación delictiva obedece al merecimiento de tutela de bienes jurídico-penales; pero además siempre y cuando sea imprescindible dotar al bien jurídico de esa tutela reforzada. Así, se esboza una doble dimensión en el sentido que los crímenes y las penas no sólo tienen como límite el nullo crimen, nulla poena sine inuria, sino además el nullum crimen nulla poena sine necessitas¹⁵⁸. A partir del principio de bien jurídico se indica que se hace realidad la separación entre derecho y moral, señalando que la exigencia de que el delito se construya a partir de los bienes jurídicos impone la carga de la demostración en cuanto lesividad del resultado, para concluir que la adopción del bien jurídico como límite la poder penal es una de las manifestaciones del derecho penal mínimo¹⁵⁹.

“Entre las teorías monistas han sido los bienes jurídicos universales (economía, medio ambiente) los que dominando la discusión político criminal de los últimos años. Ello es sin duda consecuencia de “modernización del derecho penal” este ha tenido que adaptarse a la evolución y cambio social. Pero esto no es nunca razón o motivo para concebir el bien jurídico desde el prisma de los bienes jurídicos universales y considerar que los bienes jurídicos individuales no son más que los derechos que de aquellos se derivan. Más bien sucede lo contrario: en una época en que la socialización es cada vez mayor, el derecho penal debe reflexionar sobre si los intereses de las personas no deben ser favorecidas frente a los de la sociedad y el Estado”. HASSEMER, Winfried. MUÑOZ CONDE, Francisco. “Introducción a la Criminología...” op. cit. p.108.

156 Ver en tal sentido ROXIN Claus “Problemas Básicos del Derecho Penal”... Op. cit. ps. 23 a 24.

157 ROXIN, Claus. “Derecho Penal”. Parte General. Tomo I. Fundamentos... op. cit. p.56.

158 Así se postula el principio de máxima economía en la creación de los tipos penales el cual tiene rancio abolengo dentro del pensamiento ilustrado destacando la cita que se hace de Monstequieu al señalarse que: “Todo acto de autoridad de hombre a hombre que no se derive de la absoluta necesidad es tiránico”. FERRAJOLI Luigi “Derecho y Razón”. Teoría... op. cit. p. 465.

159 FERRAJOLI Luigi “Derecho y Razón”. Teoría... op. cit. p. 467.

Pero además de ello, Ferrajoli en la estructuración de los bienes jurídicos, postula por una visión personalista, en el sentido que aún los bienes jurídicos de índole comunitario tienen que tener para estar dotados de legitimidad un referente personal, así entiende que el derecho penal en cuanto dispensador de merecimiento de bienes, debe erigirse sobre el fundamento de la persona humana, y sólo en tal sentido, las prohibiciones podrán estar justificadas cuando se constituyan sobre la lesión de un bien jurídico que represente un derecho individual o social, entendiéndose por tales, los derechos fundamentales o las derivaciones de los mismos -con carácter metajurídico- lo cual permite en la realidad que la lesión sea verificable, dándole un parámetro de razonabilidad¹⁶⁰.

De ahí que se postule la adopción de unas tipificaciones que importen o una verdadera lesión al bien jurídico o una puesta en peligro bastante, descartándose en consecuencia la estructuración de tipos de peligro presunto¹⁶¹.

160 En tal sentido se señala: “El primero y más elemental criterio es el de justificar las prohibiciones sólo cuando se dirigen a impedir ataques concretos a bienes fundamentales de tipo individual o social y, en todo caso, externos al derecho mismo, entendiéndose por ataque no sólo el daño causado, sino también -por ser inherente a la finalidad preventiva del derecho penal- el peligro que se ha corrido. Entre los bienes externos al derecho penal cuya lesión es necesaria, aunque por sí sola no sea suficiente, para la justificación de las prohibiciones penales, están por razones obvias todos los derechos fundamentales, es decir, no sólo los clásicos derechos individuales y liberales, sino también los colectivos y/o sociales, como el derecho al medio ambiente o a la salud. Pero también han de incluirse aquí los bienes que no son derechos, como el interés colectivo, y ciertamente fundamental, a una administración no corrupta de asuntos generales. En cualquier caso, debe tratarse de un daño o un peligro verificable o evaluable empíricamente partiendo de las características de cada concreto comportamiento prohibido, y no considerando en abstracto sólo el contenido de las prohibiciones”. FERRAJOLI Luigi “Derecho y Razón”. Teoría... op. cit. p. 472.

161 En tal sentido se indica: “Lo mismo puede decirse de todos los denominados <<delitos de peligro abstracto>> o <<presunto>>, en los que tampoco se requiere un peligro concreto, como <<peligro>> que corre un bien, sino que se presume, en abstracto por la ley; de modo que allí donde de hecho una acción inocua en sí misma. También estos tipos deberían ser reestructurados sobre la base del principio de lesividad como delitos de lesión, o al menos de peligro concreto, según merezca en bien en cuestión una tutela limitada al perjuicio o anticipada a la mera puesta en peligro. FERRAJOLI Luigi “Derecho y Razón”. Teoría ... op. cit. p. 479. En el mismo sentido se pronuncia Dall’Anese cuando señala: “Hasta aquí tenemos un segundo apartado de conclusiones: primero: no puede haber tipos de peligro abstracto como límite legislativo. Siempre que el juez enfrente un tipo de peligro abstracto y tenga una comprensión clara de su papel en el Estado constitucional de derecho y el papel del bien jurídico a nivel constitucional -creo yo - está obligado a hacer la consulta de constitucionalidad a efecto de que se declare la nulidad del delito que no afecte bienes jurídicos tutelados”. DALL’ANESE Francisco “Bien Jurídico Tutelado y Democracia” en Cuadernos de Estudio del Ministerio Público de Costa Rica. N° 5. Poder Judicial. San José. Costa Rica. 2001. p. 67. Para efectos comparativos en El Salvador el control de Constitucionalidad admite una doble formulación por una parte el denominado control concentrado que parte del Artículo 183 Cn. que literalmente dice “La Corte Suprema de Justicia por medio de la Sala de lo Constitucional será el único tribunal competente para declarar la inconstitucionalidad de las leyes, decretos y reglamentos, en su forma y contenido, de un modo general y obligatorio, y podrá hacerlo a petición de cualquier ciudadano”. Y el llamado control difuso que corresponde a los tribunales ordinarios quienes de manera particular tienen la potestad de controlar la constitucionalidad de la normativa infraconstitucional mediante su inaplicación, con fundamento en el artículo 185 Cn. que reza: “Dentro de la potestad de administrar justicia, corresponde a los tribunales en los casos en que tengan que pronunciar sentencia declarar la inaplicabilidad de cualquier ley o disposición de los otros Organos contraria a los preceptos constitucionales”.



10.a.7. Denominación del bien jurídico.

En cuanto a la conceptualización del bien jurídico, es oportuno por su claridad señalar las siguientes: se ha entendido por bien jurídico “aquel bien o valor considerado por la norma penal digno, merecedor y necesitado de protección jurídica frente a los ataques que sufra o pueda sufrir”¹⁶². Para Díaz Ripollés el bien jurídico es en sí mismo un juicio de valor positivo que recae sobre un hecho social de la realidad y a partir de este contenido valorativo le concede una materialidad que es la que conforma su sustrato¹⁶³. Para Bustos el bien jurídico “designa al objeto protegido por el sistema penal”¹⁶⁴ y se concretiza en las relaciones interpersonales que por su valiosidad adquieren el rango de bien jurídico-penal al ser reconocidos normativamente, por ello el bien jurídico es entendido como “relaciones sociales concretas”¹⁶⁵. Para Hormazábal el concepto de bien jurídico debe entenderse desde una perspectiva material, que surge de las relaciones sociales desde una perspectiva democrática y sobre el mismo indica que son: “relaciones sociales concretas de carácter sintético protegidas por la norma penal que nacen de la propia relación social democrática como una superación del proceso dialéctico que tiene lugar en su seno”¹⁶⁶. Polaino sobre el concepto de bien jurídico desde una perspectiva más omnicomprendensiva expresa que estos son: “todas las categorías conceptuales que asumen un valor, contienen un sentido o sustentan un significado positivamente evaluados dentro de una consideración institucional de la vida regulada por el derecho, como merecedores de la máxima protección jurídica, representada por la conminación penal de determinados comportamientos descritos en los tipos legales”¹⁶⁷. Como aporte jurisprudencial es importante la denominación que sobre el bien jurídico se ha realizado de lege ferenda, así la Sala de lo Constitucional de Costa Rica entendió por bien jurídico: “Las relaciones sociales concretas y fundamentales para la vida en sociedad”¹⁶⁸.

162 En tal sentido se expresa Polaino, quien además distingue de bien jurídico como categorías importantes, la de “lesión” entendiéndolo por tal la concreta perjudicación que se inflige al bien jurídico, mediante su aniquilación o grave disminución del mismo; y la de “puesta en peligro” la cual la refiere a la sumisión del bien jurídico a una posición de riesgo latente. Ver POLAINO NAVARRETE Miguel “Derecho Penal”. Parte General. Tomo II. Teoría jurídica del delito. Volumen I. Editorial Bosch. Barcelona. España. 2000, p. 554.

163 En tal sentido confrontar DIEZ RIPOLLÉS José Luis “El Bien jurídico Protegido en un Derecho Penal Garantista” en Nuevo Foro Penal. Revista del Centro de Estudios Penales de la Universidad de Antioquia. N° 60 Enero-Abril. 1999. Editorial Temis. Santa Fe de Bogotá. Colombia. 1999, p. 130.

164 BUSTOS RAMIREZ Juan, HORMAZÁBAL MALARÉE Hernán “Lecciones de Derecho Penal”. Volumen I. Fundamentos del sistema penal, esquema de la teoría del delito y del sujeto responsable y teoría de la determinación de la pena. Editorial Trotta. Madrid. España. 1997, p. 57.

165 BUSTOS RAMIREZ Juan, HORMAZÁBAL MALARÉE Hernán “Lecciones de Derecho Penal”. Volumen I. Fundamentos... op cit. p. 58 a 59.

166 Así HORMAZÁBAL MALARÉE Hernán “Bien Jurídico y Estado Social...” op. cit p. 152.

167 Confrontar POLAINO NAVARRETE Miguel “El Injusto Típico en la Teoría del Estado”. Editorial MAVE. Corrientes. Argentina. 2000 p. 488.

168 Sala Constitucional voto 6410-96, de las 15:12 horas del veintiséis de noviembre de 1996.

10.b. Fundamentos del bien Jurídico.

Dentro de la formulación de la política penal, el principio de lesividad es un límite real a la expansión del poder punitivo del Estado. Acuñado bajo el tradicional aforismo del *Nullum crimen nulla poena sine iniuria*, permite establecer una doble garantía: la primera responde a la exigencia de que, la criminalización de las conductas delictivas en cuanto tipificaciones, sólo resulta legítima si la norma penal está dirigida a la tutela de un bien jurídico relevante desde el ámbito del derecho penal. Así, la construcciones típicas que no tutelén bienes jurídicos, afectan el principio de lesividad, puesto que fincan la punición sobre conductas que sustancialmente no afecta un bien jurídico¹⁶⁹; a ello se debe agregar, que la opción por la protección de los intereses vitales, se ve permeada por el principio de intervención mínima, que aquí también se manifiesta, en el sentido que aunque sea necesaria la tutela de un bien jurídico, este resguardo puede ser no necesariamente dispensado desde el entorno del derecho penal que ciertamente no es el más eficaz salvo que se quiera exaltar su contenido simbólico de una manera desproporcionada lo cual ya es inadmisibles.

La otra dimensión del principio de lesividad se dirige ya a la fase punitiva, en el sentido que, no obstante que una conducta esté reprimida como delictiva, no es viable imponer ninguna consecuencia jurídica del delito, si la acción u omisión no ha puesto siquiera en peligro al objeto jurídico de protección. Ello porque para un derecho penal correctamente orientado, en todo Estado democrático, el desvalor de acción no es suficiente para determinar en concreto la punibilidad, sino que debe concurrir además un desvalor de resultado que mesure la reacción penal. De ahí que la mera desobediencia normativa como infidelidad del sujeto hacia la norma no justifica la imposición de una pena o medida de seguridad si la conducta no lesionó o puso en riesgo inminente a un concreto bien jurídico protegido penalmente.

169 Debe señalarse en este aspecto, que hay una vocación bastante progresiva del legisferante, a conminar bajo la amenaza de la pena ya no la afectación de bienes jurídicos, sino de meras funciones, sobre las que se pretende tutelar intereses, que no están ligados a una concepción de bienes predicables respecto de la visión de la persona humana, se trata de objetivos genéricos ligados a necesidades políticas, económicas, sociales que buscan una “eficiencia” a costa de la libertad de los gobernados y de la intervención desmedida de sus derechos fundamentales, ello desnaturaliza la utilización del derecho penal convocándolo como un instrumento de primera ratio contraviniendo con ello el principio de intervención mínima. Ver en tal sentido sobre la tutela de funciones y no de bienes jurídicos. MOCCIA Sergio “De la Tutela de Bienes a la Tutela de Funciones: Entre ilusiones postmodernas y reflujos iliberales”. Traducción de Ramón Ragués Valles. en “Política Criminal y Nuevo Derecho Penal”. (Libro Homenaje a Claus Roxin) . José María Bosch. Editor. Barcelona. España. 1997 ps. 118 a 121.



10.c. Regulación normativa.

La consagración de tal principio al nivel de ley secundaria se encuentra entre nosotros en la vigencia que del mismo se hace en el artículo 3 CP cuando se establece que: "No podrá imponerse pena o medida de seguridad alguna, si la acción u omisión no lesiona o pone en peligro un bien jurídico protegido por la ley penal". Precisamente fruto de este axioma es que en el ámbito de la tentativa, el denominado delito imposible para nosotros no resulta punible, ello aunque la acción del sujeto sea disvaliosa, pero como ya lo hemos anticipado, la concurrencia del desvalor de la acción no es suficiente para justificar la punición de una conducta, por ello aunque en la tentativa inidónea se manifieste una voluntad contraria a la norma, la no puesta en peligro de un bien jurídico impide la imposición de sanción alguna.

10.d. Base constitucional.

La regulación constitucional sobre el aludido principio de lesividad -en mi opinión-, es plausible obtenerla de la tutela que la Constitución dispensa a determinados derechos fundamentales a partir del artículo dos entre los cuales destaca: la vida, la integridad física, la integridad moral, la libertad, la seguridad, el trabajo, la propiedad y posesión, el honor, la intimidad personal y familiar. Es importante hacer notar la doble dimensión tutelar que se hace de estos derechos y de otros, no sólo enunciándolos como preceptos asertivos, sino destacándose además el derecho de las personas a ser protegido en la conservación y defensa de los mismos. Ahora bien, el Estado no puede quedar fuera de esta órbita de obligatoriedad al respeto de los derechos enunciados y por ende a la abstención de su lesividad, es decir, si el Estado asume un compromiso de defensa de esos derechos de las personas respecto de particulares; el mismo Estado también esta obligado por la Constitución a no poner en riesgo de lesión esos derechos mediante el abuso de mecanismos normativos o fácticos irrazonables como expresión del poder¹⁷⁰. En otras palabras, y únicamente para ejemplificar la vida, la libertad, la dignidad, también son susceptibles de ser amenazados por el Estado mediante restric-

170 Una formulación similar aunque dirigida al ámbito de preservación de las libertades ha sido manifestada por la Sala de lo Constitucional citando un precedente al decir: "Lo anterior nos dice que la libertad es restringible, pero al mismo tiempo que sólo es restringible por razones que atiendan a los valores fundamentales del sistema, lo que significa que no es restringible en virtud de razones cualquiera. Dicho en otras palabras, en la Constitución salvadoreña, el derecho general de libertad no otorga una permisión ilimitada de hacer o no hacer lo que se quiera, sino que significa que toda persona pueda hacer u omitir lo que quiera en la medida en que razones suficientes -consagración normativa de protección de terceros o de interés general- no justifiquen una restricción a la libertad (...). Ya que constitucionalmente se exige -según lo dicho arriba- que toda restricción de la libertad evidencie una razón suficiente o justificada, es imperativo deducir que todas aquellas restricciones a la libertad que sean arbitrarias o carentes de fundamentación son violatorias de la Constitución. Relacionando esta conclusión con la dignidad, es dable afirmar que toda restricción arbitraria o infundada de la libertad es contradictoria de la dignidad de la persona. Corte Suprema de Justicia. Sentencia de Inconstitucionalidad de la Ley de Emergencia... op . cit. p. 122.

ciones -en este caso la creación de tipos penales- que sí son excesivas, irrazonadas o arbitrarias en cuanto a su formulación legal, afectarán el principio de lesividad. Es por ello que aunque sea de manera tenue ya la doctrina constitucional ha referido la importancia de la lesividad como elemento del delito en el ámbito del derecho penal¹⁷¹.

10. e. Función del bien jurídico.

A la sistemática del bien jurídico se le determinan diferentes funciones en el ámbito del derecho penal, sin embargo desde nuestra opinión queremos recalcar que la importancia del bien jurídico como una garantía penal mínima frente al ejercicio del poder penal. De ahí que no perdamos de vista que el bien jurídico es un instrumento garantizador de las libertades del ser humano, por lo que las funciones que desempeñe en el orden tutelar llevan inherentes esta función de medida respecto de las reacciones punitivas del legislferante las cuales se pueden resumir en los apartados siguientes:

171 En este punto precisamente la doctrina constitucional ha ido de manera progresiva acercándose a la idea de la necesidad del bien jurídico y a su importancia dentro de la sistemática del delito como figura punitiva, así se ha ido avanzado desde la noción del bien jurídico como categoría del delito hasta una formulación tenue del principio de lesividad. Para ejemplificar ello se recurrirá a algunos pronunciamientos emitidos en sentencias de inconstitucionalidad. La primera visión que recoge al bien jurídico como elemento del delito se encuentra en la sentencia pronunciada en el proceso 2-89 en la cual en lo pertinente se dijo: “Para estructurar las figuras delictivas el legislador se vale de los siguientes elementos: a) verbo o verbo rector como le denomina Beling; b) el sujeto activo; c) el sujeto pasivo como titular del bien jurídico afectado por el delito; d) el objeto material, o sea la persona o cosa sobre la que recae la acción delictual; e) el objeto jurídico del delito, o sea el bien jurídico tutelado; f) el resultado o sea la consecuencia del delito; y g) las circunstancias de o condiciones de lugar, medio, modo, tiempo u ocasión”. GUTIERREZ CASTRO Gabriel Mauricio “Catálogo de Jurisprudencia”. Derecho Constitucional Salvadoreño. Tercera edición. Publicaciones de la Corte Suprema de Justicia. San Salvador. El Salvador. 1993 p. 434 a 435. Otro pronunciamiento en este sentido es el que se dijo en la sentencia de Inconstitucionalidad de la Ley de Impuesto a la Transferencia de Bienes Muebles y a la Prestación de Servicios. En este pronunciamiento parafraseando al Tribunal Supremo Español se dijo: “en materia sancionatoria o correctiva, aunque se produzca en la esfera administrativa, la valoración de los hechos e interpretación de las normas se mueve en el ámbito de la potestad punitiva del Estado, cuyo ejercicio, sea cual sea la jurisdicción en que se produzca, viene sujeto a unos mismos principios cuyo respeto legitima la imposición de las sanciones, principios establecidos en garantía del interés público y de los ciudadanos, que ha de tener en cuenta la resolución sancionadora, aunque se trate del orden administrativo, tales como que la acción ha de ser típica o prevista o descrita como tal por norma jurídica anterior, antijurídica, esto es, lesiva de un bien protegido por la ley, culpable o atribuible al autor por dolo o culpa, y no procediendo en ningún caso la interpretación extensiva, ni analógica, sino que es menester atenerse a la norma estricta”. Sentencia de Inconstitucionalidad de la ley del IVA... op. cit. p. 81. En la Sentencia de Inconstitucionalidad contra la denominada Ley de Emergencia contra la delincuencia y el crimen organizado la Sala de lo Constitucional aún de manera indirecta se refirió al principio de lesividad manifestando lo siguiente: “... y la prohibición de cierto tipo de penas que no son coherentes al grado de desarrollo del derecho penal tiene un sentido en la Constitución, y es el de racionalizar la sanción de las infracciones penales autorizando su utilización respecto de actos antijurídicos que efectivamente lesionen bienes jurídicos esenciales, y limitando sus efectos al logro de la mencionada resocialización, lo cual no puede ser alcanzado cuando el ejercicio del poder penalizador del Estado se desborda en abuso y vulneración de derechos fundamentales y principios esenciales de la estructura constitucional”. Corte Suprema de Justicia. Sentencia de Inconstitucionalidad de la Ley de Emergencia... op. cit. p. 98.



a) Función de límite al ejercicio del *ius puniendi*. Al bien jurídico se le reconoce un cometido de limitación del poder penal que ejerce el Estado, en tal sentido, la noción de bien jurídico y su necesidad de lesividad, limitan el poder legislativo como ente productor de normas penales que conminan el espacio de libertad de los gobernados, la exigencia en este ámbito es que las prescripciones elevadas al rango de prohibiciones jurídico-penales tengan como fundamento la exclusiva protección de bienes jurídicos¹⁷².

b) Función Interpretativa. También se ha reconocido al bien jurídico una función de índole teleológico, con lo cual se quiere indicar que el bien jurídico se erige como un mecanismo de interpretación de los diferentes tipos penales, los cuales en cuanto a su extensión, sólo pueden ser validamente entendidos a partir del interés jurídico que resguardan¹⁷³. De ahí que se indique, que a partir de dicha actividad interpretativa se agrupan las diferentes especies de delitos según la jerarquía de los bienes fundamentales a los cuales se les dispense tutela jurídica-penal, por ejemplo el orden sistemático que sigue el código penal al erigir los bienes en una escala que va de la protección a la vida, a la integridad física, a la libertad etc. De igual manera, esta función de prevalencia organizativa de los bienes ordena la gravedad de las penas, la forma de ataque a los mismos, el grado de afectación, todo lo cual va teniendo una disimetría distinta en cuanto a los grados de la pena; en ese orden de ideas por ejemplo, sólo para señalar dos consecuencias de ello: corresponde al delito según la importancia del bien jurídico, una determinada escala de merecimiento de pena en abstracto, lo cual indica que a bienes jurídicos más relevantes, se asocian penas más rigurosas. De igual manera el bien jurídico por ejemplo puede tener una actividad decisiva en cuanto a la configuración de los concursos penales y a las reglas del concurso aparente de normas penales, para cuya determinación la ofensa decisiva de algún bien jurídico por su connotación puede ser un criterio facilitador para aplicar las reglas de especialidad, subsidiaridad o de consunción.

172 En tal sentido de manera importante se ha indicado sobre la idea del bien jurídico que este sigue perteneciendo “pese a algunos adversarios, hoy más que nunca los pilares incommovibles del edificio doctrinal del derecho penal”. KIENAPFEL Diethelm “Strafrecht Allgemeiner Teil. Mit Einführungen in programmierter Form, 4ª edición 1984 p. 39. Así citado por ROXIN Claus “Derecho Penal”. Parte General... op. cit p. 70. Señalando que la intervención punitiva se encuentra limitada por el principio de exclusiva protección de bienes jurídicos. BUSTOS RAMIREZ Juan “Manual de Derecho Penal”. Parte General. 4ª edición aumentada, corregida y puesta al día por Hernán Hormazábal Malaréc. PPU. Barcelona. España. 1994 ps. 107 a 108.

173 En tal sentido aunque de manera restringida ver JESCHECK Hans-Heinrich “Tratado de Derecho Penal”. Tomo I. Traducción de Santiago Mir Puig y Francisco Muñoz Conde. Bosch. Barcelona. España. 1981 p. 325.

c) Función Crítica. Al bien jurídico, también se le ha concedido una función analítica, en su sentido de límite respecto de las decisiones de política criminal, ello es así, en atención a que, en la medida que la teoría del bien jurídico, sea capaz de responder a la cuestión de que intereses deben resultar protegidos mediante el poder penal, y por que razón se debe conceder esa tutela de ultima ratio, también el sistema penal será capaz de poder realizar una revisión más genuina del funcionamiento real de las normas con relación al orden social, y a partir de dicho examen se posibilita con auxilio de otras disciplinas, el tomar medidas más reales y conscientes sobre las necesidades de criminalizar o descriminalizar ciertas conductas, según las necesidades verificadas en el seno de la sociedad¹⁷⁴.

d) Función de Legitimación. El pensamiento penal democrático, entiende que la categoría del bien jurídico, en la sistemática penal tiene además la función de legitimación de las normas jurídico penales, las cuales digámoslo así no se justifican por si mismas, sino que deben tener un sustrato que les de contenido y que les dote de una verdadera validez, más allá de la mera vigencia normativa; se señala que sólo esa visión del bien jurídico se corresponde con un derecho penal que se constituya a partir de unos fundamentos constitucionales y democráticos, pero es necesario además que las nociones en la formulación del bien jurídico, cuenten con un fundamento de legitimación externa en cuanto a las decisiones que al nivel de política criminal se adoptan, sin estos límites el bien jurídico termina siendo una formulación vacía, un concepto oropelizado que al final no cumple la función de límite respecto del poder penal¹⁷⁵.

174 En este sentido ver TERRADILLOS BASOCO Juan “La Satisfacción de Necesidades como Criterio de Determinación del Objeto de Tutela Jurídico Penal” en Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid. España. 1981 p. 139.

175 Sobre la justificación externa y los límites que de ella se derivan para constituir una noción de bien jurídico como verdadera garantía -Ferrajoli - señala que deben cumplirse los siguientes presupuestos: 1) el que las prohibiciones penales estén dirigidas a impedir ofensas específicas a bienes jurídicos sea personales o sociales, tanto si injurian como si se pone en peligro, pero dichos bienes tienen que girar construidos sobre los derechos fundamentales de las personas; 2) un segundo criterio es que el mecanismo de tutela la pena en este caso no debe ser excesiva por que ello afecta en demasía y de manera desproporcionada también bienes jurídicos, de ahí que debe haber una ponderación entre bienes tutelados y sanciones penales, a mayor lesividad del bien por su jerarquía y grado de afectación mayor pena, sin que por ello las sanciones tengan que ser desmedidas; 3) también se exige un referente de índole valorativo por el cual se requiere no sólo la dispensa de tutela a los bienes jurídicos mediante el derecho penal sino que esa protección debe ser idónea para por una parte generar una efectiva tutela, pero también para no sacrificar en demasía el contenido de los otros bienes jurídicos que se limitan a partir de la prohibición normativa; 4) por último la herramienta del derecho penal como protector de los bienes jurídicos debe erigirse sobre la base de una política de subsidiariedad que utilice en lo mínimo al derecho penal y que prevenga los riesgos por otros instrumentos de control menos violentos que el que resulta de convocar al sistema penal. Ver FERRAJOLI Luigi “Derecho y Razón” Teoría... op. cit p. 471 a 474.



Esta visión de un bien jurídico no ya sujeto solo a cuestiones formulistas, sino erigido sobre fundamentos materiales, permiten afirmar no sólo, la historicidad sino también los fundamentos sociales que subyacen en la esencia del concepto de bien jurídico, el cual debe asumirse como “un producto de la sociedad civil” emanado de procesos participativos amplios e informados que permitan tener un mayor control de los gobernados sobre las construcciones de las conminaciones penales, con lo cual habrá un espacio contestario para responder al por que se penalizan ciertas conductas y con que fines¹⁷⁶ .

11. PRINCIPIO DE CULPABILIDAD.

11.a. Fundamentos.

En el marco de un derecho penal que se precie de operar bajo la égida del Estado Constitucional de Derecho, el injusto típico no puede ser el fundamento de la pena, sino que, ésta debe suponer además otro juicio desvalorativo como vinculación entre el hecho cometido y la responsabilidad subjetiva del autor, en el sentido que a nadie se le puede imponer pena sin culpabilidad y respetando la gradualidad de la misma. Así el brocardo “nulla poena sine culpa” que reconoce el principio de culpabilidad -en un sentido diferente de la categoría jurídicopenal de la culpabilidad, al menos como límite¹⁷⁷ - impone al Estado la limitación de que ninguna persona puede ser objeto de las consecuencias jurídicas del delito, si el hecho no le es reprochable o exigible con independencia de la noción de culpabilidad que se asuma, la garantía radica en que sólo al culpable puede imponerse pena, de ahí que la culpabilidad es fundamento de la pena¹⁷⁸ .

176 Sobre esta noción de un bien jurídico con contenidos materiales se ha dicho: “Los bienes jurídicos tienen un carácter dialéctico. Surgen de la base de la relación social y constituyen una superación , en la síntesis de la confrontación social”. HORMAZÁBAL MALARÉE Hernán “Bien Jurídico y Estado Social...” op. cit p. 152.

177 Esta distinción entre principio de culpabilidad y culpabilidad como categoría de la teoría del delito ha sido correctamente distinguida ya en el ámbito de la doctrina penal, en tal sentido se ha afirmado: “ Cuando en este punto hablamos de la culpabilidad, en cuanto concepto central del derecho penal, se hace preciso aclarar que en el ámbito de éste, tomado en su contexto, deben distinguirse tres conceptos de la culpabilidad. En primer término la culpabilidad representa, desde la perspectiva político-criminal, el principio de rango constitucional, rector de la configuración de todo derecho penal en el sentido ius filosófico se trata de la idea de la culpabilidad en cuanto tal”. MAURACH Reinhart, ZIPF Heinz “Derecho Penal”. Parte General. 1. Teoría... op cit. ps. 512 a 513. En el mismo sentido en cuanto distinguir entre principio de culpabilidad y culpabilidad ver: MUÑOZ CONDE Francisco “El Principio de Culpabilidad” en Terceras Jornadas de Profesores de Derecho Penal. Santiago de Compostela Universidad Santiago de Compostela, España. 1975. p. 221; VELASQUEZ V. Fernando “La Culpabilidad y el Principio de Culpabilidad”. Revista de Derecho y Ciencias Políticas. Volumen 50. Año 1993. Universidad Nacional de San Marcos. Lima. Perú. 1993, p. 283.

178 HIRSCH Hans Joachim “El principio de culpabilidad y su función en el derecho penal”. Traducción de Daniel R. Pastor. en Derecho Penal. Obras completas. Tomo I. Rubinzal Culzoni. Buenos Aires. Argentina. 1999, ps. 151 a 152.

Así el principio de responsabilidad subjetiva o de culpabilidad que se enuncia bajo la clásica fórmula de “*nullum crimen, nulla poena sine culpa*”¹⁷⁹, incorpora dos áreas importantes en cuanto limitación del poder penal -que se desarrollan en diferentes sub principios- que impiden un uso arbitrario de la función punitiva, las cuales pueden ser resumidas de la manera siguiente: a) No es posible imponer una sanción penal a quien actúe sin culpabilidad; b) Las sanciones que se impongan no deben sobrepasar la medida de la culpabilidad, debiéndose respetar como límite irrebalsable la medida de la misma. Ambas garantías permean todo el sistema penal, erigiendo al principio de culpabilidad como un instrumento garantizador de los derechos fundamentales y limitador del poder punitivo del Estado¹⁸⁰.

11.b. Rango Constitucional del Principio de Culpabilidad.

Entre nosotros podemos afirmar sin perifrasis que el principio de culpabilidad se encuentra normado con categoría de norma primaria en el artículo doce de la Constitución cuyo tenor literal es el siguiente: “Toda persona a quien se impute un delito, se presumirá inocente mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley y en juicio público, en el que se le aseguren todas las garantías necesarias para su defensa”. El reconocimiento de tal principio a partir del artículo 12 Cn. se ha realizado ya por la Sala de lo Constitucional al pronunciarse en materia de Inconstitucionalidad indicando su vigencia como garantía limitativa del poder sancionador¹⁸¹. De igual manera en el ámbito de la doctrina se ha afirmado el principio de culpabilidad sobre el fundamento normativo del Art. 12 Cn. vinculándolo estrechamente al principio de presunción de inocencia en una relación de complementariedad¹⁸².

180 La visión del principio de culpabilidad como garantía fundamental en un Estado Constitucional respecto del poder penal con cita de abundante doctrina SANCHEZ ESCOBAR Carlos Ernesto “El Principio de Culpabilidad Penal”. en Revista Justicia de Paz. N° 10. Año IV- Volumen III. Septiembre-Diciembre.2001. CSJ-AECI. San Salvador, El Salvador. 2001, ps. 179 a 180.

181 La Sala dijo al respecto del principio de culpabilidad lo siguiente: “Podemos asegurar entonces, sin ambages que en materia administrativa sancionatoria es aplicable el principio *nulla poena sine culpa*; lo que excluye cualquier forma de responsabilidad objetiva, pues el *dolo* o *culpa* constituyen un elemento básico de la infracción tributaria. El jurista español José María Paz Rubio -profesor del Centro de Estudios Judiciales de Madrid- en conferencia dictada recientemente en el país, al referirse al principio de culpabilidad en relación a la Constitución, acertadamente sostuvo: “Eso quiere decir que la pena sólo se puede imponer a la persona culpable, o sea que es necesario que se base en el principio de culpabilidad y aquí llama la atención que la Constitución de El Salvador es de las pocas constituciones que garantiza el principio de culpabilidad en el primer inciso del Art. 12. de la Constitución. Por lo tanto no podría imponerse una pena en base a criterios de responsabilidad objetiva...”. Sentencia de Inconstitucionalidad de la ley del IVA... op. cit. p. 83.

182 Así se ha dicho: “Es pertinente acotar la relación entre la institución que analizamos y el llamado “principio de culpabilidad”. A primera vista, podría resultar tentador considerar ambos principios como opuesto, pero afirmarlo así revelaría un tratamiento apresurado de la cuestión... lejos de ser principios excluyentes, los de presunción de inocencia y de culpabilidad están armónicamente vinculados, pues aquel constituye una manifestación de garantía de este. Además, ambos están reconocidos en la misma norma constitucional, como lo indicó la Sala de lo Constitucional en sentencia emitida a las doce horas del diecisiete de diciembre de 1997, citando al jurista español José María



11.c. Alcances del principio de culpabilidad.

Como se expresó la formulación tradicional del principio de culpabilidad se ha acuñado bajo el apotegma “*nullum crimen, nulla poena sine culpa*” aludiendo clásicamente a la necesidad de que la conducta se manifestara a través del dolo o la culpa cuando estas circunstancias se preconizaban incardinadas en la culpabilidad¹⁸³. No obstante ello, la formulación del principio de culpabilidad en su ámbito garantizador ha presentado una constante evolución traducida en el acunamiento de diversos sub principios, consecuencias o garantías específicas¹⁸⁴ que imponen límites al poder penal con fundamento en una visión más amplia del principio de culpabilidad reseñada como de responsabilidad subjetiva¹⁸⁵. Así la garantía principialista de culpabilidad se concibe actualmente en torno al siguiente esquema mediante los subprincipios, que a continuación se detallan: a) principio de personalidad; b) principio de responsabilidad por el hecho; c) principio de dolo o culpa; d) principio de proporcionalidad de la pena; e) principio de culpabilidad en sentido estricto; f) principio de presunción de inocencia¹⁸⁶. Todos los enunciados limitan el poder penal en el sentido de proscribir la aplicación de sanciones si no se ha determinado la imputación subjetiva del autor o participe al hecho por una parte o en el ámbito de la dosimetría de la culpabilidad en el sentido que la sanción no corresponda al grado de culpabilidad.

Paz Rubio”. TINETTI José Albino y otros “Ensayos N°1. Tres Temas Fundamentales... op. cit. 131 a 133. Anclando el principio de culpabilidad en el Art. 12 de la Constitución. Confrontar. PAZ RUBIO José María “El Problema de la Pena y las Medidas Alternativas” en Memorias de la segunda conferencia iberoamericana sobre reforma de la justicia penal. Fase B. Derecho Penal. Tercera entrega. Centro de Investigación y Capacitación del Proyecto de Reforma Judicial. San Salvador. El Salvador. 1992. P. 69.

- 183 En tal sentido ver: SOTOMAYOR ACOSTA Juan Oberto “Consideraciones sobre el Principio de Culpabilidad y la Responsabilidad Penal del Inimputable”. en Memorias de la Segunda Conferencia Iberoamericana sobre Reforma de la Justicia Penal. Fase B. Derecho Penal. Tercera entrega. Centro de Investigación y Capacitación del Proyecto de Reforma Judicial. San Salvador, El Salvador. 1992. p. 33.
- 184 Confrontar. SOTOMAYOR ACOSTA Juan Oberto “Consideraciones sobre el Principio de Culpabilidad y la Responsabilidad Penal del Inimputable”. en Memorias de la segunda conferencia iberoamericana... op. cit. p. 34.
- 185 Ver ZUGALDIA ESPINAR José Miguel “Fundamentos de Derecho Penal”. Parte general. Las teorías de la pena y de la ley penal. Universidad de Granada. España. 1990 ps. 191 a 195.
- 186 Aunque con diversas manifestaciones sobre las garantías específicas que se derivan del principio de culpabilidad tal esquema en términos generales puede verse en: MIR PUIG Santiago “Derecho Penal”. Parte General. 5 edición. Reppertor S.L. Barcelona. España. 1998 ps. 95 a 99.; SOTOMAYOR Juan Oberto “Medidas de Seguridad y Garantías Individuales” en Actualidad. Revista Jurídica. Año 1 n° 1. Unidad Técnica Ejecutiva. San Salvador. El Salvador. 1996 p. 164. QUINTERO OLIVARES Gonzalo “Derecho Penal”. Parte General. Segunda edición corregida... op. cit. ps. 70 a 71; TREJO Miguel Alberto, SERRANO Armando Antonio, FUENTES DE PAZ Ana Lucila, RODRIGUEZ CRUZ Delmer Edmundo y CORTEZ DE ALVARENGA Alba Evelyn “Manual de Derecho Penal”. Parte General. Centro de Investigación y Capacitación . Proyecto de Reforma Judicial. San Salvador. El Salvador. 1° edición. 1992 ps. 76 a 78; DEL CID FLORES Evelin Carolina “La Función del derecho Penal en el Estado de Derecho” en Revista de Derecho Penal N° 1. Enero 1996-Julio 1997. Corte Suprema de Justicia. San Salvador. El Salvador. 1997, ps. 11 a 12; sumamente amplio en cuanto a las garantías derivadas del principio de culpabilidad VELASQUEZ V. Fernando “Derecho Penal “. Parte general... op. cit. ps. 283 a 285.

11.d. Principio de personalidad.

El fundamento esencial de esta garantía es que la culpabilidad es personalísima, es decir la misma no es trasladable a ninguna otra persona -que no sea el culpable- y ello también debe predicarse de las consecuencias jurídicas del delito -penas o medidas de seguridad- las cuales esencialmente en su contenido restrictor de derechos fundamentales no deben resultar transmisibles más allá de la persona declarada culpable y sujeta a pena, o cuando corresponda a una medida de seguridad. En suma culpabilidad y sanción punitiva son intrasferibles de la persona del acusado y ello debe reflejarse no sólo en materia de sistemática penal, sino en el área del proceso penal y en el ámbito de la ejecución de la pena o de la medida asegurativa.

Este problema de un culpabilidad estructurada a nivel personal y de unas sanciones con carácter personalismo no sólo es un tema de épocas añejas del derecho penal¹⁸⁷, sino que es un tópico actual no sólo a nivel de derecho penal de fondo, sino también en la esfera del derecho procesal penal y del derecho de ejecución, áreas en las cuales de manera larvada es posible afectar la esencia del principio de personalidad.

11.d.1. El problema de la pena de prisión.

Si todas las penas son restrictoras de derechos fundamentales, la pena de prisión por su naturaleza lo es aun más, y debemos reconocer que la misma, en cuanto sus efectos no sólo afectan al declarado culpable y responsable del delito, sino que también extiende sus efectos deletéreos hacia otras personas que constituyen el entorno social cercano del acusado -su familia- y que desde una perspectiva social son alcanzados en sus derechos fundamentales mediante la pena sin que participen de la culpabilidad del acusado. Esa situación, es importante tenerla presente al momento de criminalizar conductas y fijar sanciones penales en abstracto y en concreto, pues siendo un efecto negativo ciertamente irreductible, sólo puede aspirarse a racionalizar la coerción penal material, en el sentido de disminuir sensiblemente los límites de la sanción penal, que inflige materialmente un sufrimiento no sólo al condenado, sino a las personas que forman su grupo social esencial, transfiriendo los efectos de la sanción a terceros. Si tales consecuencias no puede erradicarse, por los caracteres ontológicos de la pena de prisión, al menos es plausible atemperarlos, en virtud de esta irrefutable realidad por lo que la pena debe responder a un grado de medida. Penas excesivas en cuanto su dureza por el límite de tiempo que fijan, sólo permiten agudizar este dilema -ciertamente irresoluble- aun si entendemos necesario el derecho penal en su consideración de instrumento de ultima ratio.

187 El fundamento de que la culpabilidad y la pena atienden al criterio de personalidad tiene su explicación en el hecho de que en otras épocas la culpabilidad y la pena no se entendían personales y era normal su transferencia a otras personas que no eran las responsables del hecho sucedido, extendiéndose incluso a la comunidad toda, y en otros casos a animales o cosas. Ver en tal sentido FERRAJOLI Luigi "Derecho y Razón" Teoría... op. cit. p. 287 ; con cita de bibliografía SANCHEZ ESCOBAR Carlos Ernesto "El Principio de Culpabilidad"... op cit. p 199.



11.d.2. El caso de la prisión preventiva.

También en el ámbito del derecho procesal penal es posible hacer valer el principio de culpabilidad como instrumento de garantía. Entre nosotros se encuentran casos paradigmáticos que -en mi opinión- lesionan materialmente el principio de culpabilidad y lo hacen entratándose de la medida cautelar de detención provisional. La actualidad de la doctrina y también en la jurisprudencia constitucional, se ha esforzado por delimitar correctamente la detención provisional de la pena de prisión, haciéndose énfasis, en que ambas medidas de coerción responden a distinta naturaleza, de tal manera que ambas no son homologables -mas allá de la materialidad en la intensidad de la privación de libertad con exclusión del régimen penitenciario- y por lo tanto no pueden esperarse que ambas cumplan los mismos fines¹⁸⁸. Ahora bien si entendemos que la culpabilidad y la pena son personalísimas, debemos entender que la persecución penal y las medidas coercitivas, que se incorporan para investigar y determinar el delito, deben responder a la misma lógica, es decir, ser personalísimas, en tal sentido nadie debería ser perseguido penalmente por hechos ajenos, ni tomarse como fundamento para la coerción procesal, hechos que son al nivel de imputación procedimental

188 Sobre los fines que se predicen a las medidas cautelares y de entre ellas especialmente a la detención provisional con abundantes criterios cuya discusión ameritaría otro espacio ver: TINETTI José Albino y otros en "Ensayos N° 1". Tres temas fundamentales... op. cit. ps. 417 a 433. ; en lo particular es oportuno adherirse a la posición asumida por Bovino quien en esta temática señala que: "Para respetar el principio de inocencia, es indispensable tener en cuenta, en todo momento y para todos los casos, que no se puede otorgar fines materiales -sustantivos- a la privación de libertad procesal o cautelar. En consecuencia, no se puede recurrir a la detención preventiva para obtener alguna de las finalidades propias de la pena (v.gr. impedir que el imputado cometa un nuevo delito). La detención preventiva, como medida cautelar, sólo puede tener fines procesales. El carácter procesal de la detención significa que la coerción (la privación de libertad) se utiliza para garantizar "la correcta averiguación de la verdad y la actuación de la ley penal". Se trata en consecuencia de lograr que el proceso penal se desarrolle normalmente, sin impedimentos, para obtener la solución definitiva que resuelva el aspecto sustantivo del caso. Según CAFFERATA NORES, la "característica principal de la coerción procesal es la de no tener un fin en sí misma. Es siempre un medio para asegurar el logro de otros fines. Los del proceso. Las medidas que la integran no tienen naturaleza sancionatoria (no son penas) sino instrumental y cautelar; sólo se conciben en cuanto sean necesarias para neutralizar los peligros que puedan cernirse sobre el descubrimiento de la verdad o la actuación de la ley sustantiva". BOVINO Alberto "El Encarcelamiento Preventivo en los Tratados de Derechos Humanos" en La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales. Compiladores. Martín Abregú/Christian Courtis. Centro de Estudios Legales y Sociales. Editores del Puerto. Buenos Aires. Argentina. 1997 ps. 442 a 443. También es importante citar el precedente constitucional que al respecto expresó: "Sin embargo, la praxis impone que la Constitución autorice algunas restricciones a la libertad durante el desarrollo del proceso penal; pero, al mismo tiempo, ya que la Constitución optó por consagrar como derecho fundamental la presunción de inocencia del imputado, ello descarta completamente que la privación de libertad durante el proceso -que es lo que implica la detención provisional - sea de la misma naturaleza y persiga los mismos fines que la pena y, por ello, la detención provisional sólo puede tener por objeto asegurar o hacer posibles los fines del proceso penal, estando constitucionalmente prohibido trasladar a aquélla los fines que supone la pena, pues ello supondría una inaceptable tergiversación de la presunción de inocencia". Sentencia de Inconstitucionalidad de la Ley de Emergencia... op. cit. p. 126.

extraños a la persona que se persigue como justiciable. Y aquí precisamente es donde se quiebra el principio de culpabilidad en el ámbito procesal penal, pues existen fundamentos normativos que permiten decretar la detención provisional por hechos de otras personas.

La referencia puntual es al supuesto del artículo 292 CPP que permite fundamentar la medida cautelar de detención provisional -además de concurrir el supuesto primero del mismo- con fundamento en "la frecuencia con la que se cometan hechos análogos". Ello no significa otra cosa, que decretar una restricción a un derecho fundamental como lo es la libertad por medio de la prisión preventiva, tomando como base los hechos que otros hayan cometido, así la imputación de hechos de otras personas, son transferidos a la imputación personal del justiciable para fundamentar la prisión preventiva restringiendo la libertad del acusado por los hechos de terceros, tal situación entendemos es lesionadora del principio de culpabilidad que no sólo extiende su radio garantizador al derecho penal de fondo sino también al entorno del derecho procesal penal y en este caso a la persecución penal y a las medidas restrictivas de los derechos fundamentales, una de las cuales es la prisión preventiva. Otro punto importante es la perversión que se ha realizado de la detención provisional al incardinarle efectos que le son extraños, puesto que la detención provisional no tiene como finalidad mermar, contener o disipar la alarma social que la ejecución del entuerto penal haya ocasionado y que también el Art. 292 CPP habilita como supuesto para decretar la detención provisional. Los fines preventivos de la pena -entre ellos el de alarma social- no deben ser homologados a los fines de la prisión preventiva, ello significaría reconocer -entre otras situaciones- que la prisión preventiva es una pena anticipada y que se anticipa ante una persona inocente no declarada culpable hasta ese momento, por ello es que la detención provisional no debe tener como parte de sus fundamentos aplacar la alarma social en un Estado que se precie de ser de Derecho, constitucional y democrático.

11.d.3. La transferencia de la pena en la ejecución.

Si ya se había anticipado que la pena de prisión provoca efectos deletéreos para terceras personas que están desvinculadas de la culpabilidad del autor, dichas consecuencias pueden agravarse de manera intolerable según las modalidades de ejecución de la pena que se adopten. Y aquí llama la atención como la reforma en el ámbito penitenciario conculca el principio de culpabilidad -entre otros- haciendo recaer sobre otras personas desvinculadas del delito, los efectos nocivos de la pena, transfiriendo materialmente la culpabilidad y los efectos de la sanción a terceros que por virtud de una acentuación exacerbada de la prevención especial serán afectadas en algunos de sus derechos fundamentales. Precisamente se hace alusión a la restricción de las visitas familiares con evitación del contacto físico entre condenado y familia; y la prohibición de la visita íntima que determina el artículo 103 de la Ley Penitenciaria como régimen de internamiento especial. Un breve examen de la adopción de tales medidas muestra el traslado de la culpabilidad y de la pena en su sentido material, pues los efectos de ambas se irradian a personas que no tienen ninguna vinculación con el delito -los



familiares- y que sin embargo son afectadas pues se le restringen a ellos -padre, madre, cónyuge, compañera de vida, hijos, hermanos etc. - su ámbito de libertad y además el Estado -en este caso actuando leviatánicamente- no sólo incumple el mandato constitucional de proteger la familia -artículo 32 Cn.- si no que mediante su propia actuación -la del poder ejecutivo que propone la reforma y la del legislativo que la aprueba- lesiona gravemente los intereses de la familia.

Las normas adoptadas -cuyo examen no agota todo su contenido- son lesionadoras del principio de culpabilidad, pues hacen trascender los efectos de una ejecución de la pena inhumana, a otras personas afectando derechos como la libertad y la familia, ello deviene en inconstitucional pues afecta en esencia el principio de que la pena es personalísima, derivado esencial del principio de culpabilidad, reconocido en el artículo 12 Cn. y además vulnera el artículo 5.3 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos que prescribe: "La pena no puede trascender de la persona del delincuente". Obviamente el limitar a los familiares del condenado el contacto físico con éste en cuanto al régimen de visitas y la prohibición de la visita íntima hace trascender a estos los efectos de la pena de prisión en cuanto al tratamiento de ejecución, pena que en sí misma es inhumana y afectativa de otras normativas internacionales.

11.d.4. El tratamiento de las personas jurídicas.

Que el apotegma "*societas delinquere non potest*", haya permanecido por mucho tiempo inalterado el sentido que las personas jurídicas no tienen capacidad de culpabilidad penal, y por ende no pueden ser objeto de penas en el ámbito del derecho penal, es una idea que en el actual estado de cosas, se está viendo fuertemente cuestionada, así las opciones que se presentan, van desde admitir una suerte de responsabilidad civil especial de las personas jurídicas, a establecer la transferencia de calidades especiales de la persona jurídica, a la persona natural que realiza la conducta delictiva mediante la estructura del ente ficticio; incluso a considerarlas sujetos de responsabilidad penal.

En nuestro ordenamiento se ha optado por la fórmula del "actuar por otro" inicialmente acuñada en Alemania y que permite mediante una cláusula especial en el ámbito de la autoría transferir las calidades especiales que ostenta la persona jurídica a las personas naturales que realizaron el comportamiento delictivo, los cuales de no concurrir esa transmisión de calidades no tendrían típicamente las calidades de autores, puesto que el supuesto de hecho exige de un elemento de especialidad, que le es propio a la persona moral, pero le es ajeno a la persona humana.

Lo relevante para el principio de culpabilidad, es tener en cuenta las circunstancias en las cuales debe manejarse este ámbito de transferencia de calidades especiales, en el sentido que, si se considera ello idóneo en el ámbito de la tipicidad vinculado al elemento de autoría, ello no supone la transferencia de la culpabilidad de las actuaciones de la persona natural respecto de la persona jurídica; esta relación debe mitigarse en el sentido

que no todas las personas humanas que constituyen la persona jurídica, deben ser afectadas por las actuaciones del ente moral, mediante el concurso de personas naturales en la comisión de ilícitos penales. Se está indicando entonces que por el hecho que una o más personas humanas, utilicen las estructuras de una persona jurídica para delinquir, ello no genera automáticamente responsabilidad para todas las personas naturales, que tienen la representación o la dirección de la persona jurídica; no es aceptable desde el principio de culpabilidad que por el sólo hecho de constituir parte de la persona jurídica se deba responder de todas las consecuencias que se generen tanto en el ámbito penal como en el civil.

11.d.5. El problema de la tipicidad cumulativa.

La criminalización de nuevas conductas delictivas respecto de renovados bienes jurídicos que se dotan de autonomía, desligándose de una concepción antropocéntrica -por ejemplo el medio ambiente-¹⁸⁹ han generado la discusión de si las formas cumulativas de tipicidad vulneran el principio de culpabilidad en la modalidad de que la culpabilidad es singular e intransferible, lo cual se fundamenta en la realización de la conducta personal. Es decir si la culpabilidad y la pena se preconizan de personalísimas, la tipicidad de la conducta también debe ser personalísima -sin perjuicio de los grados de participación en sentido amplio- en el entendido que sólo sobre los hechos típicos que cometa el autor puede recaer el juicio de culpabilidad, éste no puede asumir hechos de otros.

La tipicidad cumulativa -según Kunhlen-¹⁹⁰ es aquella en la cual la producción dañosa como afectación del bien jurídico aparece mediante la coincidencia reiterada de varias acciones que -en principio inocuas- sumadas o acumuladas representan una dañosidad tal que afectan al objeto de protección. En tal sentido el perjuicio no acontece hasta que concurre la reiteración de diversas conductas que van acumulando un daño que de ínfimo al final resulta creciente precisamente -según lo informa Kleine -¹⁹¹ por sus efectos cumulativos.

Si las conductas reiteradas, que acumulan secuencialmente el daño, proviniesen de una misma persona, los cuestionamientos dogmáticos serían de otra entidad, empero si las conductas que al final por acumulación, convergen a provocar la afectación del bien jurídico, provienen de distintas personas que por sus diferentes acciones van sumando el perjuicio y que al final permiten concretar la tipicidad, y sobre la misma fundar la determinación de la culpabilidad, tal situación si compromete de lleno el principio de culpabilidad, puesto que el sustrato típico, es decir los hechos sobre los que

189 Así TERRADILLOS BASOCO Juan “Delitos relativos a la protección del patrimonio histórico y del medio ambiente” en “Derecho Penal del Medio Ambiente”. Editorial Trotta. Madrid. España. 1997 ps. 42 a 43.

190 KUHLEN A. Der Handlungserfolg der strafbarem Gewässerunreinigung ((324 StGB), GA 1986, exp. 389, ps. 399. Así citado por HASSEMER Winfried, MUÑOZ CONDE Francisco “Introducción a la Criminología...” op. cit. p. 178.

191 KLEINE-COSACK E. “Kausalitätsprobleme im Umweltstrafrecht, Berlin 1998 ps. 76 a 77. Así citado por TERRADILLOS BASOCO Juan “Delitos relativos a la protección del patrimonio histórico y del medio ambiente” en “Derecho Penal del Medio...” op. cit. p.48.



recae la subsunción y sobre los cuales se predicara la culpabilidad no provienen con exclusividad del autor¹⁹². En tal sentido la pena toma como referente una culpabilidad que ya no es personalísima sino que esta difuminada sobre diversas actuaciones no imputables subjetivamente en su conjunto a la persona. Tal situación merece una profunda reflexión -que escapa a los alcances de este apartado- puesto que materialmente las tipicidades cumulativas estarían afectando el sub-principio de que la culpabilidad es personalísima que sólo se estructura por los hechos personales por acción u omisión del sujeto, sin que se deba responder por las acciones u omisiones de otros.

11.e. Principio de Responsabilidad por el hecho.

Esta consecuencia del principio de culpabilidad, descansa sobre la base de que la culpabilidad y por ende la pena, tienen como fundamento, los hechos que el sujeto activo del delito ha cometido, y no su personalidad. Así, el cimiento de la culpabilidad, se centra en las acciones u omisiones del sujeto en relación con la conducta delictiva, es decir el reproche viene dado por los hechos realizados -culpabilidad de acto- y no obedece a las características personales del autor -culpabilidad de autor-¹⁹³. En tal sentido, se reconoce ampliamente la culpabilidad fundada sobre un derecho penal de acto o de hechos, y no de un derecho penal de autor¹⁹⁴.

192 En este punto, es importante advertir que tal situación problemática no estaría satisfactoriamente resuelta -al menos en nuestra opinión- desde la perspectiva del principio de culpabilidad, por la denominada autoría accesoria la cual según lo informa Trejo -citando a Jescheck- consiste: "Cuando varias personas producen en común el resultado típico sin hallarse vinculados por un común acuerdo". TREJO ESCOBAR Miguel Alberto "Autoría y Participación en Derecho Penal". Editorial Triple "D", 1º edición. San Salvador. El Salvador. 2000 p. 31.

193 Cuando se alude a la culpabilidad por hechos y no a la culpabilidad de autor, no se pretende objetivizar de manera absoluta el contenido de este elemento. La culpabilidad si bien es cierto, es predicable de los hechos, se dirige a la persona que cometió esos hechos, pero en relación con los mismos, y no tomando como forma asertiva la personalidad del sujeto, para instituir su culpabilidad, sobre ello parece oportuno convocar la opinión de Cury Urzua quien prístinamente explica: "La culpabilidad así estructurada, es reproche por el acto cometido que se dirige a la persona del autor, pero no se funda en ella. Se reprueba el haber incurrido en un homicidio, hurto, violación, o delito tributario, pero no se admite juicio alguno sobre la personalidad total del autor". CURY URZUA Enrique "Derecho Penal". Parte General. Tomo II. Editorial Jurídica de Chile. Santiago de Chile. 1985 p. 23.

194 Adhiriéndose a la visión -con sus propias peculiaridades- de que la culpabilidad tiene como fundamento un derecho penal de acto y no de autor entre otros: CHOCLAN MONTALVO José Antonio "Culpabilidad y Pena". Su medición en el sistema penal salvadoreño. Justicia de Paz (CSJ-AECI). Primera edición. El Salvador. 1999 p. 6.; SUAREZ SÁNCHEZ Alberto "El Debido Proceso Penal". Universidad Externado de Colombia. Bogotá. Colombia. 1998 p. 128; FERNÁNDEZ CARRASQUILLA Juan "Derecho Penal Fundamental". Tomo II. Teoría general del delito y punibilidad. Segunda reimpresión. Temis. Santa Fe de Bogotá. Colombia. 1995 p. 63; SOLER Sebastián "Derecho Penal Argentino". Tomo II Tipografía Editora Argentina. Buenos Aires. Argentina. 1989 p. 7; CURY URZUA Enrique "Derecho Penal". Parte General. Tomo II. op. cit. p. 5; VELASQUEZ V. Fernando "Derecho Penal". Parte General... op. cit. p. 283; ZAFFARONI Eugenio Raúl "Manual de Derecho Penal"... op. cit. ps. 74 a 75; FERNÁNDEZ Gonzalo D. "Culpabilidad y Teoría del Delito" Volumen I. Julio Cesar Faira. Editor. Montevideo. Uruguay. 1995 p. 86; ROXIN Claus "Derecho Penal". Parte General... op. cit. ps. 176 a 177; y "La Culpabilidad como Criterio Limitativo de la Pena" en Revista de Ciencias Penales de Chile. Tomo 32, enero-abril, 1973. Ediciones Encina-Ltda. Santiago de Chile. 1973, p. 41; MUÑOZ CONDE Francisco "Teoría General del Delito". Segunda edición Tirant lo Blanch. Valencia. España. 1991 ps. 23 a 24; COBO DEL ROSAL Manuel, VIVES ANTON Tomás S. "Derecho Penal". Parte General. 4º edición. Conforme al código penal de 1995. Tirant lo Blanch. Valencia. España. 1996. p. 492 a 493; FERRAJOLI Luigi. "Derecho y Razón". Teoría... op. cit. ps. 495 a 496; JESCHECK Hans-Heinrich "Tratado de Derecho Penal". Parte General. Cuarta edición... op. cit. p. 19.

11.e.1. Culpabilidad por el acto.

Ciertamente, en la culpabilidad que tiene como objeto de reproche, los hechos imputables a la persona, como autora de los mismos -mas que a su personalidad- el desvalor se centra, sobre la conducta que la persona ha ejecutado -acción- o por las que debió haber ejecutado -omisión- y mediante esta opción, es plausible rechazar criterios de índole peligrosistas, erigidos sobre la personalidad del sujeto, que sirvan de base para fundar o graduar en su perjuicio la culpabilidad.

11.e.2. Culpabilidad de autor.

En cambio, la visión de una culpabilidad de autor, tiene un arraigo autoritario, y esencialmente se dirige como reproche a la actitud desobediente -entendida como infidelidad- del sujeto respecto de los modelos normativos -incluso con trasfondo moral- así, en tal concepción de culpabilidad, la realización del hecho no es el fundamento directo del reproche, sino que lo medular es la personalidad del sujeto, en el sentido que determina su culpabilidad, la forma de ser o de asumir la vida como un indicativo de un ser peligroso.

La sustentación del derecho penal de autor, que pretenden fundar la culpabilidad en la personalidad del sujeto, ha presentado diversos matices, pero todos ellos, con mayor o menor acentuación, se centran en una visión culpabilística de la persona, atendiendo a características intrínsecas de su ser, es decir la desvalorización de la personalidad del sujeto, como actitud ante la vida, es la esencia de lo culpable¹⁹⁵. De ahí que, se hayan formulado distintos enfoques para justificar el derecho penal de culpabilidad de autor¹⁹⁶, de entre los cuales conviene destacar los siguientes:

11.e.2.1. Concepción sintomática del delito.

Los orígenes -en este caso de la doctrina alemana- se centran en la tipología de culpabilidad de autor, preconizada por el pensamiento de Tesar y Kollmann, para quienes la culpabilidad, radicaba en la personalidad del sujeto, y en cambio el hecho delictivo, tenía un mero contenido sintomatológico de esa expresión criminal de la conducta, en consecuencia, lo decisivo para la culpabilidad era la personalidad del sujeto.¹⁹⁷

195 En tal sentido ver MAURACH Reinhart, ZIPF Heinz "Derecho Penal". Parte General. Tomo 1... op. cit. p. 587.

196 Derecho penal de autor es aquel en el cual la culpabilidad y la pena se vincula decisivamente a la personalidad del sujeto como connotación asociada y en virtud de la cual se determina y gradúa la culpabilidad. Confrontar ROXIN Claus "Derecho Penal". Parte General. Tomo I. Fundamentos... op. cit. p. 177.

197 Confrontar MAURACH Reinhart, ZIPF Heinz "Derecho Penal". Parte General. Tomo 1... op. cit. p. 587; en los mismos términos Roxin quien indica: "Como fundadores de la denominada concepción sintomática del delito destacan Tesar y Kollmann. Ambos sustentan (desde muy diversos puntos de partida metodológicos en lo particular) la tesis de que no se debe enjuiciar el hecho por su repercusión en el mundo exterior, sino por lo que nos revela sobre el interior del autor. Por tanto el hecho solo es un "síntoma" de la personalidad del autor". ROXIN Claus "Derecho Penal". Parte General. Tomo I. Fundamentos ... op. cit. p. 179.



11.e.2.2. Concepción caracterológica de la culpabilidad.

Las raíces de esta visión de lo culpable -Radbruch, Schmidt, Koldrausch, Grünhuth- se hunden ya en el peligrosismo, por lo que el hecho como delito, es pura expresión de la personalidad o del carácter del autor, por ende, la culpabilidad radica en la forma peligrosa del delincuente, cuya muestra es su personalidad, la cual depende del temperamento del sujeto, del cual éste mismo es el responsable.¹⁹⁸

11.e.2.3. Culpabilidad por la conducción de vida.

De los modelos precitados, se derivó la denominada concepción de la culpabilidad por la conducción de la vida -o *Lebenführungsschuld*- según la cual, la persona es culpable por la forma en la cual asume conducir u orientar su vida, siendo tal opción una errada elección, en cuanto a la forma de desenvolver la existencia, y en virtud de la cual, es que se reprocha la culpabilidad; en suma, se es culpable por la forma en la cual normalmente se conduce la propia vida. Tal posición dogmática sobre la responsabilidad, es sostenida por Mezger quien ciertamente parte en principio de una culpabilidad por el acto aislado -*Einzeltatschuld*- pero adiciona luego como fundamento de la culpabilidad y de su medición, la forma general en la cual se orienta o se conduce la vida, destacando en consecuencia, una culpabilidad por la personalidad del autor, en cuanto forma de asunción de la existencia, así lo expresa, el precitado autor al considerar que: "Para calificar en estos casos la culpabilidad del autor hablamos por primera vez en la *ZStW* 57, pp. 675 y ss. (y 688 y ss.) , y en el *Grundriss*, 1º ed. (1938), p. 72, junto a la culpabilidad por el hecho concreto, de la culpabilidad por la conducción de la vida, es decir, del actuar reprochable por las anteriores etapas de la vida"¹⁹⁹. Precisamente, en su versión sobre el hecho punible, el profesor de Munich afirmaba "La culpabilidad jurídico penal del autor no es sólo culpabilidad por el hecho aislado, sino también su total culpabilidad por la conducción de su vida, que le ha hecho degenerar"²⁰⁰.

11.e.2.4. Culpabilidad por la decisión sobre la vida.

Esta forma de ver la culpabilidad en sentido personal, corresponde a Paul Bockelmann, para quien la culpabilidad, debe descansar, no sobre la situación modal en la cual se conduce la vida como expresión material, sino en factores decisionales, de

198 ROXIN Claus "Derecho Penal". Parte General. Tomo I. Fundamentos ... op. cit. p. 179.

199 Ver MEZGER Edmund "Modernas Orientaciones de la Dogmática Jurídico-Penal". Traducción de Francisco Muñoz Conde. Tirant lo Blanch. Valencia. España. 2000 ps. 54 a 55. En el mismo sentido se pronuncia dicho autor por la culpabilidad por conducción de vida en "Derecho Penal". Parte General. Libro de Estudio... op cit. p. 193.

200 MEZGER Edmund "Die Straftat als Ganzes, *ZStW* 57 (1938) 675, p. 688. Así citado por ROXIN Claus "Derecho Penal". Parte General. Tomo I. Fundamentos... op. cit. p. 180.

añi que, las situaciones de perversión del vivir como simples episodios o como una constante, obedecen a las determinaciones erradas que el sujeto asume en la vida.²⁰¹

11.e.2.5. La doctrina del tipo criminológico de autor.

Esta particular percepción de la culpabilidad, es preconizada por Engisch, para quien el hombre es culpable, en atención al desarrollo de su personalidad criminal, con la distinción que la responsabilidad se extiende aun para aquellos rasgos criminógenos, que no le sean imputables a la defectuosidad de su carácter.²⁰²

11.e.2.6. Teoría del tipo normativo de autor.

Este corriente del pensamiento -de la cual se matizan diferencias en sentido estricto con el derecho penal de autor- fue impulsada mediante la Escuela de Kiel -Dahm- y sustentaba la culpabilidad, valorativamente sobre la tipología de delinquentes nocivos para el pueblo o de delinquentes habituales, pero tal predicado se hacia bajo una especie de paralelismo entre el acto ejecutado y la prognosis conductual esperada, de acciones prefiguradas como nocivas o habituales²⁰³.

11.e.2.7. Culpabilidad de autor en la dosimetría de la pena.

En el actual estado de cosas, el discurso sobre un derecho penal de autor, se pretende introducir larvadamente, en una simbiosis entre derecho penal de acto, como fundamento del reproche de culpabilidad, pero con parámetros de derecho penal autoral, en cuanto a la medición de las consecuencias jurídicas del delito, es decir en cuanto a la medición de la pena. En este rubro, se proponen criterios propios, que atienden a la agravación del quantum de la sanción, con fundamento en la personalidad del sujeto delincuente, -curiosamente- tales circunstancias, sólo propician una mayor drasticidad en la dosimetría de la pena. Tal visión en el derecho penal teutón, es la denominada "culpabilidad para la medición de la pena" -Strafzumessungsschuld- en la cual, hay una amplitud para estimar cuestiones atinentes a la personalidad del sujeto, para determinar su pena, ello no obstante la cesura que se pretende realizar, comporta una

201 Sobre ello se indicaba "La esencia de la culpabilidad del autor no consiste en una conducción incorrecta de la vida, pero sí en una decisión incorrecta sobre la vida". BOCKELMANN Paul "Studien zum Täterstrafrecht, Parte II. 1940 p. 153. Así citado por ROXIN Claus "Derecho Penal". Parte General. Tomo I. Fundamentos... op. cit. p. 181.

202 Sobre esta valoración de lo culpable por la personalidad, aun por aquellas manifestaciones no queridas se indica: "Si un sujeto con ciertas acciones o con un determinado comportamiento, ha puesto de manifiesto un comportamiento malvado, veleidoso o desordenado, tiene que responder y expiar por ese carácter, y por cierto sin consideraciones a como a llegado a tener ese carácter, con tal de que sea persona (o sea, no enfermo mental o inmaduro) y que haya actuado como tal (es decir, sin estar en una situación de perturbación de la conciencia)". ENGISCH "Zur Idee der Täterschuld, ZStW 61 (1942) p. 174 a 177. Así citado por ROXIN Claus "Derecho Penal". Parte General. Tomo I. Fundamentos... op. cit. p. 181.

203 Ver ROXIN Claus "Derecho Penal". Parte General. Tomo I. Fundamentos... op. cit. p. 182 a 183.



aplicación de reglas de derecho penal de autor, y debe ser rechazada por ser contraria al principio de un derecho penal de acto, puesto que, a partir de dicha garantía, la consecuencia de que sólo se responde por los actos cometidos, y no por la personalidad, no sólo atañe a la determinación y graduación de la culpabilidad, sino que también tal garantía, es extensiva a la determinación de la pena; y es que, para fundar ésta, no son compatibles criterios de personalidad, que pretendan revelar un mayor desvalor con fundamento en enfoques que valoran rasgos de la personalidad²⁰⁴.

La culpabilidad de autor, ha sido rechazada, por no ajustarse a los parámetros del Estado de derecho, y a las exigencias del principio de culpabilidad, indicándose que la culpabilidad que debe imperar, es aquella que se preconiza por el acto aislado, o por los hechos que el autor ha cometido; en este punto es paradigmática, la cita que se hace de Baumann/Weber "el súbdito del derecho puede conducir su vida todo lo mal que quiera, para el derecho penal cuentan los hechos punibles"²⁰⁵.

De la exposición esbozada, es plausible concluir, que el acuñamiento de doctrinas, como culpabilidad de autor, culpabilidad por el carácter, culpabilidad por la conducción de vida, etcétera, se nutren de una misma fuente placentaria, erigida en el derecho penal de autor, y éste sobre la base del peligrismo, corrientes que han servido en la historia del hombre, para justificar execrables infamias en contra de la dignidad humana²⁰⁶.

11.f. El Peligrismo.

Los fundamentos del derecho penal autoral que se han venido esbozando -en apretado epitome- se ceban en las fuentes de la peligrismo, esta visión de la persona humana, como ser especialmente peligroso según sus características fisonómicas²⁰⁷, son pilares centrales de los modelos positivistas, que se impulsan mediante el defensismo social. La responsabilidad del sujeto, entendida como derivado de la culpabilidad, no

204 Ver FERNANDEZ Gonzalo D. "Culpabilidad y Teoría..." op. cit. p. 87.

205 Confrontar MAURACH Reinhart, ZIPF Heinz ""Derecho Penal". Parte General. Tomo I... op. cit. p. 588.

206 En tal sentido son oportunos los ejemplos que se señalan en: FERRAJOLI Luigi "Derecho y Razón". Teoría... op. cit. pp. 504/534.

207 Según informa Ferrajoli, la inclinación por considerar peligroso a los hombres, en virtud de sus características físicas que reflejan la fealdad de una persona, proviene del mito de Tersistes, aunque aclara, que sólo excepcionalmente en la antigüedad, la responsabilidad penal, se decantó por estos argumentos somáticos, si puntualiza que a partir del siglo XVIII se fomenta estas teorías, desde enfoques antropológicos -Lavater-frenológicos -Gall- evolucionistas -Lombroso- por los cuales se preconiza, que los rasgos morfológicos de las personas -además de características morales o espirituales- son sustanciales para fijar parámetros de peligrismo. Se recuerda por ejemplo, la cita invocada por Lombroso -en el L'uomo delinquente- procedente de un edicto medieval, que prescribía para efectos de elucidar la verdad en sujetos con similares grados de sospecha por imputaciones, torturar al menos agraciado. Confrontar FERRAJOLI Luigi "Derecho y Razón". Teoría... op cit. p. 534. El mito de Tersistes alude a un personaje de los versos Homéricos en la Iliada, que destaca por su fealdad, a la que se asocia, todo tipo de vicios y del cual se origina uno de los prototipos del hombre criminal. ENCICLOPEDIA UNIVERSAL ILUSTRADA. Europea -Americana. Tomo LX. Espasa/Calpe. Madrid. España. 1928 p. 1555.

interesa en demasía, lo importante, es la visión de peligrosidad que presente el sujeto, la cual se determina mediante el estudio de su personalidad, apoyándose en la metodología de algunas ciencias naturales. La peligrosidad es un concepto, cuyo acuñamiento jurídico se concede a Garófalo quien a partir del predicado de “temibilita” va a indicar que peligrosidad es “la perversidad constante y activa del delincuente y la cantidad del mal previsto que hay que temer por parte del mismo delincuente”²⁰⁸.

De ese enclave peligrorista, del positivismo italiano, surgen diversas modalidades del peligrorismo. Un enfoque atañe a la peligrosidad social de la persona, entendido de manera amplia o en un sentido predelictual -anterior al delito- como eventualidad de cometer hechos delictivos, a lo cual debe responderse, mediante una defensa preventiva. En cambio en la peligrosidad criminal -peligrosidad post-delictual- el centro de atención, es la prognosis de volver a delinquir -reincidencia- para lo cual, debe reaccionarse mediante la sanción penal, en base a la peligrosidad del sujeto, lo cual se corresponde con parámetros de su personalidad criminal²⁰⁹.

La visión peligrorista como estado personal suele ser considerada desde tres aspectos: a) La cronicidad: que atañe a la inclinación de la persona para delinquir nuevamente, es decir después de haber perpetrado un delito, aptitud que puede extenderse por períodos dilatados; b) La involuntariedad. Es decir, es un encausamiento radicalmente determinista, en el cual se es peligroso por naturaleza -postulado que no es extraño a la doctrina positivista de la época- siendo que, la personalidad es la que marca el camino de la peligrosidad, como algo congénito; c) La juridicidad. Patrón por el cual, la regla de la norma, es la que define el ámbito de lo peligroso de la persona, la cual debe considerarse, desde el prisma de la cualidad personal para ser peligroso²¹⁰.

208 GARÓFALO Raúl “La Criminología”. Estudio del delito y teoría de la represión. Traducción de Pedro Dorado Montero. Editorial. Moderna. Madrid. España. 1890 p. 405. Así citado por DONNA Edgardo Alberto “La Peligrosidad en el Derecho Penal”. Ensayos Jurídicos. N° 24. Editorial Astrea. Buenos Aires. Argentina. 1978 p. 24. Según lo informa Blau -citado por Barbero- en la jurisprudencia alemana se entendió por peligrosidad: “La probabilidad de que se repita la realización de hechos delictivos que ofendan de forma grave al orden jurídico”. BLAU J. Gefährlichkeitsberiff und sichernde Massregeln im iberamerikanischen Strafrecht, Bonn. 1951, p. 24. Así citado por BARBERO SANTOS Marino “Estudios de Criminología y Derecho Penal”. Universidad de Valladolid. Secretariado de Publicaciones. Valladolid. España. 1972 p. 34.

209 Indica Ferri sobre la peligrosidad social y la peligrosidad criminal lo siguiente: “En orden a la defensa preventiva se distinguen a los ciudadanos en peligrosos y no peligrosos, en cambio, para la defensa represiva todos los delincuentes son peligrosos, si bien en grado diverso. Respecto de la defensa preventiva existe una peligrosidad social genérica: para la defensa represiva una peligrosidad criminal específica: la peligrosidad social lleva consigo el peligro de delito; la peligrosidad criminal el peligro de la reincidencia. Se dan, por tanto, una valuación preventiva y otra represiva de la peligrosidad. En la policía de seguridad las medidas de defensa preventiva son <<medidas de policía>>, no debiéndose confundirse con las <<medidas de seguridad>>post delictum de la defensa represiva”. FERRI Enrico “Principios de Derecho Criminal”. Traducción de José Antonio Rodríguez Muñoz. Editorial Reus. Madrid. España. 1933 p. 276. (las bastardillas son del texto)

210 Confrontar BARBERO SANTOS Marino “Estudios de Criminología y Derecho Penal”... op. cit. ps. 30 a 31.



De lo expuesto se colige, que peligrosidad y derecho penal de autor, son dos modelos que tienden al sincretismo, sobre la base que, la personalidad del sujeto, es el fundamento esencial para determinar la sanción a imponer; desde esta percepción, lo que el sujeto ha hecho, es sólo un elemento sintomático de su personalidad criminal, siendo ésta última lo que realmente importa, para determinar su responsabilidad y el grado de la misma, de ahí que, ambas concepciones encuentren su amparo, bajo normas esencialmente constitutivas²¹¹, que prefijan una forma de ser, y resultan desde los planos deontológico, verdaderamente lesionadoras del principio de igualdad y de dignidad del ser humano²¹².

11.f.1. La Reincidencia.

La decisión de que la reincidencia, agrave la responsabilidad penal del nuevo delito cometido, es una opción -que debe calificarse sin ambages- como de derecho penal de autor, ello por que, lo que se pretende castigar esencialmente, es la personalidad del delincuente, la proclividad hacia el delito, la inclinación respecto de las conductas delictivas. La reincidencia se ha calificado como: “la problemática de las disposiciones legales que hacen derivar una consecuencia jurídica más grave o más privativa de derechos de la circunstancia de que la persona con anterioridad haya sido condenada o sufrido pena por otro delito”²¹³, indicándose que la misma, puede ser entendida como genérica o específica, ficta o real²¹⁴. Y su justificación ha transitado, por diferentes alternativas, cuyo examen refleja la adopción de fines deletéreos, que convergen en la visión de la personalidad delincuente, del infractor, y que se resumen en los siguientes consideraciones:

-
- 211 Las normas o leyes penales constitutivas, son aquellas mediante las cuales, el decisionismo legisferante, no prohíbe conductas en el sentido de actos u omisiones, sino que prohíben formas de ser o de vivir la vida. Así FERRAJOLI Luigi “Derecho y Razón”. Teoría... op. cit. p. 504.
- 212 Esta es la postulación de Ferrajoli que expresa en tal sentido: “Por el contrario el carácter constitutivo de la norma penal implica, por principio, desigualdad y discriminación. Al castigar y reprimir la identidad desviada con independencia de las acciones realizadas, las normas penales constitutivas presuponen que somos naturalmente o socialmente distintos, y expresan con ello, la intolerancia para con las personas anormales o sencillamente diversas, identificadas por características intrínsecas, cualesquiera que sean los criterios para su diferenciación”. FERRAJOLI Luigi “Derecho y Razón”. Teoría... op. cit. p. 505.
- 213 Así ZAFFARONI Eugenio Raúl “Reincidencia: Un concepto de derecho penal autoritario” en Derechos Fundamentales y Justicia Penal. Edmundo Vásquez Martínez. Comp. Editorial Juriscentro. San José. Costa Rica. 1992 p. 36.
- 214 La reincidencia es genérica, cuando el delito precedente por el cual se es condenado, no tiene distinción alguno, es específica cuando, es necesario que el nuevo delito cometido, sea de igual entidad al cometido anteriormente, o al menos de la misma naturaleza. Se dice que la reincidencia es ficta, cuando para su concurrencia solo basta la declaración de condena, aunque la penalidad no se haya cumplido; al contrario es real la reincidencia cuando, requiere el cumplimiento de la pena. En tal sentido ver: ZAFFARONI Eugenio Raúl “Manual de Derecho Penal”. Parte General... op cit. p. 768.

11.f.9. Modelos justificativos de la reincidencia.

a) Fundamento de la doble lesión.

Según se informa, esta idea parte de la vetusta concepción, de que el delito provoca un doble daño, uno de ellos se asocia a los derechos o bienes de la víctima, siendo el mismo un daño directo; la restante lesividad, tiene una connotación indirecta y se vincula en su carácter político -o de buen gobierno- a la conmoción social, que el delito provoca. En este sentido, el delito reiterado, provoca una doble lesión, en cuanto el sentimiento de desasosiego social se agudiza. Se señalan como variantes más modernas de esta noción, aquellas que entienden que la reincidencia, lesiona el interés general de la preservación del orden jurídico, puesto que se considera -Mancini- que el delito, además de injuriar los intereses personales o colectivos, afecta el deber de fidelidad al cumplimiento de los deberes impuestos normativamente. La otra tesis, es la que considera que la reincidencia afecta doblemente al tipo penal, por que importa una doble lesión normativa -Armin Kaufmann- la primera lesión, ocurre frente a la norma que prohíbe la conducta, la restante lesión frente al imperativo de abstención de cometer delitos en el futuro ²¹⁵ .

b) Autoritarismo de Estado.

El modelo que presenta la reincidencia, fundada en la peligrosidad criminal del sujeto, proviene de la visión del defensismo social, impulsada por los postulados peligrosistas de impronta positiva, que ven en la persona humana que ha delinquirido un ser peligroso, por ello, la evitación del delito se propone, sobre la base de un peligrosismo presunto, el cual se refleja por la proclividad hacia el delito; así, la reincidencia resulta amparada por la prognosis criminal, en el sentido que, el ser delincuente es ya un peligro, y a partir de ahí, se postulan diversas clasificaciones -reincidente simple, doble reincidente, reiterante, multirreincidente, habitual, profesional etcétera- que se corresponden a la severidad gradual de las sanciones, tanto en el sentido de penas, como de medidas asegurativas ²¹⁶ .

c) La culpabilidad de autor.

Precisamente, uno de los niveles de justificación de la reincidencia, es atender al desarrollo de la personalidad durante el curso de la vida, así según estas ideas, no interesa la propensión criminal futura, sino la cronología de vida precedente del autor, fundándose la reincidencia, en una vida desajustada o inclinada existencia hacia el delito. La reincidencia aparecería entonces, como sintomatología de una vida proclive al delito, inclinación por la cual, el sujeto es responsable ²¹⁷ por la conducción o elección de la vida que ha asumido como forma de existencia ²¹⁷ .

215 Confrontar ZAFFARONI Eugenio Raúl "Reincidencia: Un concepto de derecho... op. cit. p. 37.

216 Por ejemplo FERRAJOLI Luigi "Derecho y Razón". Teoría... op. cit. p. 507.

217 En tal sentido ZAFFARONI Eugenio Raúl "Reincidencia: Un concepto de derecho... op. cit. 38.



d) Como Insensibilidad del autor ante la pena.

Esta modalidad justificativa, se aparta de agregar un plus desvalorativo al hecho subsecuente, y se centra en la ineficacia de la pena, respecto de la persona del autor, quien al haber cometido un nuevo delito, merece un mayor reproche, en virtud de su indiferencia hacia los fines de la pena, lo que además afecta la tranquilidad causando alarma social²¹⁸.

e) Como mayor culpabilidad de acto.

Este representación de la reincidencia, sobre la base de un desprecio a la pena precedente, considera que la especial posición del sujeto ante la experiencia del delito, arroja un mayor grado de reproche, sobre la conciencia de la ilicitud formada, y en tal sentido el segundo hecho en este nivel valorativo es más censurable, lo cual es plausible realizarlo mediante la figura de la reincidencia.²¹⁹

f) Como culpabilidad de inclinación.

También se perfilado un pensamiento estrictamente culpabilístico de la reincidencia, por el cual se considera que el delincuente reincidente, exterioriza una culpabilidad de inclinación, la proclividad al delito como fenomenología de la personalidad delincuente, se constata en la reincidencia, que es asumida como forma especial de culpabilidad²²⁰. Entre nosotros el código penal en su versión original -no reformada- no acuñaba ninguna regulación referida a la reincidencia, ello lo entendemos, sobre la base de que se respetaba la vigencia del principio constitucional de culpabilidad, bajo cuya égida, no es plausible fundar una mayor culpabilidad de los hechos, y a su vez graduar con mayor rigor la pena a imponer. Sin embargo a partir de la reforma del artículo 30 del CP se incardina como circunstancia agravatoria de la responsabilidad penal la reincidencia²²¹.

218 Esta idea es asumida por Carrara, quien expresa refiriéndose a la reincidencia: “No puede decirse que por la reincidencia haya crecido la cantidad de la pena... En la reincidencia es necesario, pues, reconocer que el recargo de la pena nacida de ella tiene su fundamento en una presunción. Pero no ya en la presunción de mayor maldad, lo cual sería una fórmula peligrosa y falaz; sino en la presunción de mayor insensibilidad del reincidente con respecto a la pena sufrida la primera vez... Por tanto la única razón aceptable para aumentar la pena del reincidente, es la insuficiencia relativa de la pena ordinaria, insuficiencia demostrada por el hecho mismo del culpable, esto es, por la prueba positiva que resulta de que haya despreciado la primera pena”. CARRARA Francesco “Programa del Curso de Derecho Criminal. Parte General. Tomo II. Traducción de Octavio Béche y Alberto Gallegos. 1ª edición facsimilar. Editorial Jurídica Continental. San José. Costa Rica. 2000 ps. 140 a 141.

219 Ver ZAFFARONI Eugenio Raúl “Reincidencia: Un concepto de derecho... op. cit. p. 39.

220 Ver LATAGLIATA A.R. “Contribución al Estudio de la Reincidencia”. Abeledo Perrot. Buenos Aires. Argentina. 1963 p. 249.

221 La norma penal en comento en su tenor literal indica: “Son circunstancias que agravan la responsabilidad penal: Reincidencia o Habitualidad: (16) Cometer el hecho como autor o participe de forma reincidente; es decir, cuando se trate de un nuevo delito realizado dentro del período de los cinco años siguientes a la fecha en que se haya sancionado al imputado por un delito doloso que atente contra el mismo bien jurídico o sea de igual naturaleza. No se considera reincidencia cuando se trate de varios hechos cometidos en la misma fecha o período de tiempo sin solución de continuidad, o tratándose de concurso ideal o real de delitos, cuando se hayan iniciado diferentes procesos para sancionar por separado los hechos que los conforman. Cometer el hecho habitualmente, es decir en las mismas circunstancias del inciso anterior, después de haber sido condenado en dos o más ocasiones. Sólo se apreciara la reincidencia y la habitualidad cuando se trate de delitos dolosos”.

No obstante las diversas justificaciones, con las cuales se ha pretendido legitimar la agravación de la culpabilidad y de la pena, para aquellas personas que ya condenadas por un delito han continuado delinquiendo; la clave valorativa de la agravación, radica en la situación de que la persona, es un delincuente “bastante incorregible”, entonces, el fundamento de la nueva desvalorización en la culpabilidad, y el aumento en la dosimetría de la pena, no es el nuevo hecho cometido, sino la personalidad delincuente del ya condenado; ello significa no otra cosa, que estar prescribiendo un derecho penal de autor, por el cual, más que los comportamientos, se desvalorizan personalidades, en el sentido que la culpabilidad y la pena, encuentran su base en la persona del delincuente, una personalidad proclive al delito y peligrosa por si misma, lo cual afrenta al derecho penal de culpabilidad, pues el reproche tiene sus esencia en la personalidad peligrosa, con lo cual se atenta contra la intangibilidad de la autonomía del ser humano²²².

11.f.3. Reincidencia y *Ne bis in idem*.

Pero además, de esta irreconciliable consecuencia precedentemente expuesta, en el sentido que, admitir de cualquier forma, que la reincidencia sirve para agravar la culpabilidad y la pena, significaría una afectación al principio de culpabilidad, por aplicar criterios de derecho penal de autor; la reincidencia también entraña un agudo problema, en el sentido que, la consideración nuevamente del hecho ya declarado culpable, significaría una afeción a otra garantía de índole constitucional, en el sentido de que no es posible un doble juzgamiento por los mismos hechos.

Sobre este punto, el pensamiento penal es oscilante, en el sentido de si la reincidencia, desde la perspectiva del *Ne bis in idem*, significa un verdadero doble juzgamiento. Para un sector, la aplicación de la reincidencia comporta una vulneración al principio de que nadie puede ser juzgado dos veces por el mismo hecho²²³. Para otros sin embargo, las exigencias de la garantía aludida sobre la base de su triple identidad *-eadem*

222 De manera muy sincera, expone este pensamiento Cobo del Rosal y Vives Antón -al cual nos adherimos plenamente- al dejar en claro respecto de la finalidad agravatoria de la reincidencia :” que la fundamentación de su naturaleza agravatoria que, a primera vista pudiera parecer comprensible y fácilmente justificable, adquiere, sin embargo, verdadera dificultad, en cierto modo por una renuncia a admitir la esencial verdad del fenómeno de la reincidencia. Para unos la reincidencia supone una mayor culpabilidad, lo que no es cierto; para otros incluso se trata de una causa de agravación del injusto, y tampoco lo es, y por ello se busca en la mayor peligrosidad criminal del reincidente la ultima ratio de la agravación. Pero esto último no se quiere admitir, por dos ordenes de razones: primero por que significaría una ruptura con el derecho penal de culpabilidad; segundo por que implicaría una presunción iuris et de iure en el sentido de que siempre que se produjese la reincidencia habría que afirmar también una mayor peligrosidad y esto, según se dice, no es cierto, pues puede darse aquélla y no necesariamente esta última”. COBO DEL ROSAL Manuel, VIVES ANTON Tomás S. “Derecho Penal”. Parte General. 4º edición... op. cit. p. 814.

223 Así ZAFFARONI Eugenio Raúl “Manual de Derecho Penal”. Parte General... op. cit. p. 779.



persona, eadem res, eadem causa petendi- debe ser debidamente analizada, para concluir si la operatividad de la reincidencia, vulnera el principio de *Ne bis in idem*. No obstante tal meritución, se indica categóricamente que la aplicación de la reincidencia, si vulnera el principio de culpabilidad pues atiende a un derecho penal de autor y no de hechos²²⁴. Sin pretender agotar un tema tan complejo, es oportuno señalar lo siguiente: Entre nosotros la estructura de la garantía del *Ne bis in idem* responde a la denominada fórmula amplia -la cual la doctrina entiende- que prohíbe no sólo la múltiple penalización por un mismo hecho, sino incluso su múltiple persecución, distinguiéndose entonces, entre una garantía con alcance más restringido, que sólo resguarda de la doble penalización y otra que tiene una dimensión mayor, puesto que no sólo impide la doble penalización, sino también evita el doble procesamiento²²⁵. Es decir que en esta última formulación, basta el sólo riesgo o eventualidad de ser sometido a las consecuencias jurídicas del delito, para que la aludida garantía opere su manto protector²²⁶.

Pues bien, la Constitución nuestra prescribe en el artículo 11²²⁷ que nadie “puede ser enjuiciada dos veces por la misma causa”. Nótese que la alusión de la

224 En tal sentido con abundantes razones confrontar MAIER Julio B.J. “Derecho Procesal Penal Argentino”. Tomo I. Volumen. B. Fundamentos. Editorial Hammurabi. Buenos Aires. Argentina. 1989 ps. 413 a 414.

225 Esa es la perspectiva comparada que se presenta al funcionamiento de la garantía supracitada, cuando se indica: “La segunda fórmula de contenido más vasto, impide la múltiple persecución penal; se extiende, por ello, como garantía de seguridad para el imputado, al terreno del procedimiento penal; por esta razón, tiene también sentido procesal y cubre el riesgo de una persecución penal renovada, cuando ha fenecido una anterior o aún está en trámite”. MAIER Julio B.J. “Derecho Procesal Penal Argentino”. Tomo I. Volumen. B. Fundamentos... op. cit. ps. 371 a 372.

226 Esa parece ser también la intelección, que la ha otorgado a dicha garantía los últimos precedentes del Tribunal Constitucional el cual sobre el punto señaló que: “Corresponde pues, prescindiendo de filigranas semánticas, establecer su real significado. Si se quiere garantizar, sin hipocresías, un verdadero Estado de Derecho y si se quiere evitar sinrazones en la aplicación práctica del principio, hay que decir que el vocablo enjuiciado se refiere a la operación racional y lógica del juzgador a través de la cual se decide definitivamente el fondo del asunto de que se trate; y la frase “misma causa” se refiere a la identidad absoluta de pretensiones. Entonces, lo que este principio pretende cuando en términos generales se traduce en un “derecho a no ser enjuiciado dos veces por la misma causa”, es establecer la prohibición de pronunciar más de una decisión definitiva respecto de una pretensión; decisión que, por lógica, ataca su contenido esencial afectando -también en forma definitiva- la esfera jurídica del procesado. En efecto el principio “non bis in idem”, en esencia, está referido a aquel derecho que tiene toda persona a no ser objeto de dos decisiones que afecten de modo definitivo su esfera jurídica por una misma causa, entendiéndose “por una misma causa” -aunque no tengamos una definición natural- una misma pretensión: eadem personas (identidad de sujetos) eadem res (identidad de objeto o bien de la vida) y eadem causa petendi (identidad de causa: o sustrato fáctico y fundamento jurídico); es decir que esta encaminado a proteger que una pretensión no sea objeto de doble decisión jurisdiccional definitiva, en armonía con la figura de la cosa juzgada y la litispendencia”. Ver NUÑEZ RIVERO Cayetano. Coordinador. BENITEZ GIRALT Rafael, GONZÁLEZ BONILLA Rodolfo Ernesto, MARTÍNEZ RAMOS Jorge Ernesto, PÉREZ CHACÓN José Ángel y MONTECINOS GIRALT Manuel Arturo. “El Estado y la Constitución Salvadoreña”. Corte Suprema de Justicia, Unión Europea. 1º edición. San Salvador. El Salvador. 2000 p 166.

227 Incluso la Sala de lo Constitucional, ha reconocido al principio del *Non bis in idem* como integrante de la absoluta legalidad, al expresar que además del otros principios también es observable dicha regla. Ver Sentencia de Inconstitucionalidad de la Ley del IVA... op. cit. p. 81.

garantía, alude a la fórmula extensiva que impide el doble juzgamiento. En tal sentido, al escrutar la valoración de la reincidencia se obtiene lo siguiente: a) La reincidencia es una causa de modificación de la responsabilidad penal que la agrava (artículo 30 CP); b) Esta circunstancia de hecho deberá acreditarse con el informe respectivo de la condena por delito doloso -nuestro sistema sigue la reincidencia ficta- y para ser tomada como circunstancia agravante debe ser valorado lo respectivo a la anterior condena; c) Lo que sirve de fundamento para agravar la culpabilidad, es la comisión de un delito doloso anterior de la misma especie, que es lo que hace reincidente al sujeto; d) En virtud de ese mayor desvalor de la culpabilidad, la pena sufrirá un mayor agravamiento dentro de sus límites naturales; e) El hecho anterior, que se valora como circunstancia, que da paso a la reincidencia, y al mayor desvalor de la culpabilidad y de la pena, es un hecho ya juzgado, por el cual el acusado en su momento fue declarado culpable; f) Como necesariamente la reincidencia, debe partir del hecho ya juzgado -pues de lo contrario no habría configuración de reincidencia- al acusado se le toma en cuenta, un hecho por el cual ya fue objeto de juzgamiento, y sobre ese fundamento se declara una mayor culpabilidad y una pena más severa. En conclusión, entiendo que aplicar la agravante de reincidencia, no sólo afecta el principio de culpabilidad, sino también el principio de que nadie puede ser juzgado -y obviamente sancionado- dos veces por los mismos hechos.

Un último aspecto a abordar, respecto de la reincidencia, consiste en otra forma de afectación que esta figura, hace del principio de culpabilidad, en el sentido de desconocer que la culpabilidad, queda destruida mediante la imposición de la sanción o de la ejecución de la pena; ello en virtud de la afectación de derechos fundamentales del penado, mediante la imposición de la penalidad, ello por que la pena impuesta o ejecutada, purga compensativamente la culpabilidad reprochada por el delito cometido. No obstante ello, y la extinción de la culpabilidad consumida por la pena en virtud de su imposición o ejecución, los hechos delictivos que dieron origen a la determinación de la culpabilidad -ya destruida- vuelven a ser estimados, para agravar la culpabilidad del autor por un hecho nuevo y hacer más drástica la penalidad aún en los límites ordinarios de tipo penal.

11.f.4. La habitualidad.

También de *lege condito*, se acuña por el código penal en diferentes formas - artículo 30 No 16 ya citado- el modelo de derecho penal de autor denominado habitualidad y que según la norma preindicada, califica así a las personas que, después de haber sido condenadas dos veces por un delito que atente contra un mismo objeto de protección o de idéntica naturaleza, cometan un delito doloso en las mismas circunstancias. En palabras sencillas, la regla se define en el sentido que, una persona declarada reincidente, que cometa un nuevo delito contra el mismo interés jurídico protegido es habitual. La habitualidad no es otra cosa entonces, que una reincidencia



agravada, sus fundamentos radican -al igual que los de la reincidencia- en los postulados del peligrosismo o del derecho penal autoral²²⁸, de ahí se va imponiendo una transición entre el estado de reincidencia al de la habitualidad en el delito, lo cual tiene como fundamento, una mayor drasticidad en la respuesta punitiva²²⁹, ante personas que se antojan irredentas para el sistema penal que las etiqueta de esa manera. Sin embargo, el discurso de mayor drasticidad ante la recaída en el delito, olvida que precisamente a la persona calificada de reincidente o habitual respecto del delito, ya ha sido "tratada" con los mismos mecanismos estatales -la pena de prisión- con los cuales se pretende lograr su readaptación; y ante la ineffectividad de estos medios, se vuelve hacia los mismos, agudizándolos bajo la quimera de que ellos por más intensos, resocializaran al interno reincidente o habitual, lo cual nos parece una paradoja, puesto que precisamente la recaída en el delito esta demostrando la falta de eficacia -de la pena-²³⁰, para un problema tan complejo, que no puede resolverse -simplemente- acudiendo a la profundización del tratamiento, según el modelo más clásico de la prevención especial, el cual inclusive ya es disfuncional, por lo que en todo caso, los fines de la resocialización -modernamente considerados- se enfocan como una oferta al condenado para una integración del respeto a los bienes jurídicos vitales.

- 228 Los orígenes de estos fundamentos se remiten a distintas vertientes; así, la culpabilidad de autor, transita bajo la concepción tomista del pecado, en la cual interesa esencialmente la espiritualidad inclinada a la maldad como responsabilidad de la persona; en cambio el peligrosismo, se centra en el sujeto peligroso, dada su personalidad fisiognómica, sintomatizada además en el delito que derivaría en una propensión al crimen, razón por la cual, debe imponerse medidas que protejan socialmente a los demás de la prognosis del delito. Con relación a la habitualidad, sobre tales fundamentos se ha expresado: "Desde la desviación positivista la "habitualidad" es un producto del afán clasificador de esta corriente, cuyo anarquismo nosotático llega a ser desesperante (cfr Bergalli). La diferencia entre el reincidente y el habitual es nebulosísima, pudiendo aventurarse la opinión de que, por debajo de las complejas y contradictorias clasificaciones el habitual, sería algo así como el reincidente "desahuciado" y, por ende, sometido a una segregación o a un tratamiento intensivo. Desde la desviación espiritualista, el reincidente sería el pecador al que es necesario corregir más severamente para que se enmiende, en tanto que el habitual es el pecador que no resiste a sus fuerzas internas y que merece indulgencia del confesor (cfr. Allegra) pero que debe ser sometido a una medida que neutralice su actividad dañosa". ZAFFARONI Eugenio Raúl "Reincidencia: Un concepto..." op. cit. p. 41.
- 229 Son diversos los mecanismos de agudización de la respuesta penal para aquellos que son calificados como reincidentes o habituales, así sin entrar a analizar en detalle su contenido son dignos de mencionarse: a) La excepción a la concesión de la libertad condicional a los declarados reincidentes o habituales -art. 92-A CP- ; b) la imposibilidad de conciliación en delitos cometidos por reincidentes o habituales -art. 30 CPP- ; c) la sujeción a un régimen de internamiento especial en virtud de ser reincidente -artículo 103 de La Ley Penitenciaria- ; d) agravamiento específico de la sanción. Como en el caso del delito de Tenencia, portación o conducción ilegal de armas. -artículo 346-B CP- o en el caso del artículo 214-A inciso final CP que literalmente dice: "Si el culpable ejecutare habitualmente los hechos que se sancionan en el presente artículo, la pena será de uno a cinco años de prisión y de veinte a doscientos días multa".
- 230 Sobre la paradoja de tratar con más pena de prisión a reincidentes y habituales se ha expresado con acierto que: "En la reincidencia se produce, no sólo una ruptura del derecho penal de culpabilidad, sino también en la realidad un total fracaso de los efectos preventivos de la pena en su día impuesta. Y se dice, y no sin razón que "ante este fracaso parece poco oportuno que el ordenamiento jurídico reaccione, a su vez "reincidiendo" en la pretensión de lograr finalidades de aseguramiento y prevención precisamente a través de la misma sanción que fracasó ya con anterioridad". COBO DEL ROSAL Manuel, VIVES ANTON Tomás S. "Derecho Penal". Parte General. 4º edición... op. cit. p. 815. (las bastardillas son del original).

La opción que se haga por un derecho penal, en el cual se acuñe la reincidencia o la habitualidad, como fundamentos de una mayor culpabilidad -aun como circunstancia agravante genérica- que además reproduce una mayor drasticidad en la pena, tanto en su dosimetría como en la forma de su ejecución, es una alternativa que se centra en el derecho penal de autor, fundamento que encuentra su justificante real, en la visión de un derecho penal despótico, lesionador de los principios que reivindicaban al hombre, como eje central de la actividad estatal, puesto que la reincidencia no significa, ni un mayor desvalor del injusto ni una mayor reprochabilidad en la culpabilidad, por el hecho actual por el cual se juzga al acusado, y por el cual se le declara culpable; por lo tanto, su remisión a hechos ya juzgados del pasado para agravar la culpabilidad y la pena, significan el reconocimiento de un derecho penal orientado a la personalidad del sujeto, y no a los actos o hechos actuales por los cuales se le está juzgando²³¹. De ahí que, la vocación por un derecho penal de autor, sea que se funde en la peligrosidad del sujeto, o en la tipología y culpabilidad autoral, en el cual el fundamento de la culpabilidad y la sanción que devenga, tenga como base lo que la persona es, y no lo que realizó, lesiona el principio de intangibilidad de la conciencia del ser humano²³² y por ende desconoce el principio de culpabilidad.

11.g. Principio de dolo o culpa.

11.g.1. Fundamentos.

Tradicionalmente la doctrina enfoca al principio de culpabilidad, con esta consecuencia del mismo -no hay crimen, ni pena sin culpa- que por su añejidad, sirvió de base para estructurar en aquel momento el fundamento de la culpabilidad como lími-

231 Así se ha dicho que se : “renuncia al derecho penal de acto y caen en el derecho penal de autor, pretendiendo juzgar lo que el hombre es y no lo que el hombre hizo, por el camino materialista de la peligrosidad (del positivismo del siglo XIX) o por el espiritualista de la culpabilidad de autor (de la ideología teocrática del antiguo régimen) o, aún peor, por el tipo de autor en que el reincidente sería el primer antecedente de tristes construcciones del “enemigo del pueblo” stalinista, del “enemigo del estado” fascista, del “enemigo de la nación” nazista o del “subversivo” de la seguridad nacional”. ZAFFARONI Eugenio Raúl “Reincidencia: Un concepto”... op. cit. p. 43 a 44.

232 En tal sentido se ha indicado: “Así resulta sólidamente redimensionada la máxima cognoscitiva, formulada ya hace cinco siglos por Briam y retomada por Beccaria, de la impenetrabilidad y no perseguibilidad de pensamientos e intenciones. La culpabilidad, de hecho, no es ni un pensamiento ni un mero aspecto interno de la persona, como pretenden las orientaciones puramente subjetivista, sino un elemento de hecho, esto es, una conditio sine qua non del mismo, fundada, más que en razones éticas o utilitaristas, en la estructura lógica de la prohibición, que implica la posibilidad material de realización u omisión de la acción, imputables ambas a la intención del sujeto. Como tal aquélla es constatable empíricamente a través de procedimientos inductivos, no distintos, en principio, de los que permiten comprobar el llamado <<elemento objetivo>>... Pero ante todo la regulatividad penal es un presupuesto indispensable de la dignidad del hombre, que permite que a éste se le exijan sólo acciones y omisiones y que impone que se le respete, sea quien sea. Igualdad y respeto a la persona, por lo demás, se conectan entre sí, ya que la primera es definible, según se dirá en el apartado 60.1 como valoración igual de las diferencias personales e igual derecho de cada uno a su tutela. Decir que son exigibles sólo los modos de actuar y no lo modos de ser quiere decir que no se puede imponer penalmente a una persona que sea o llegue a ser distinta de cómo, y que se le debe tolerar y respetar por lo que es, sea como sea”. FERRAJOLI Luigi “Derecho y Razón”. Teoría ... op. cit. p. 501/505.



te. Así el *nullum crimen nulla poena sine culpa*, se enmarca en un doble sentido, el primero de ellos conduce a afirmar que, los tipos penales en cuanto construcciones normativas, no pueden descansar en construcciones, que impliquen el acuñamiento de responsabilidad objetiva, mediante la practica de su inserción en el tipo penal. El restante sostén alude ya a la ejecución de la conducta, en el sentido de que no es legítimo, imponer consecuencias jurídicas del delito, si la acción u omisión no se ha desarrollado dolosa o culposamente. Es decir, también se proscribe la responsabilidad objetiva, pero en este caso, ya entratándose de la propia conducta delictiva, la cual será típicamente adecuada, si la misma tuvo como fundamento un actuar doloso o culposo²³³.

11.g.2 El objetivismo penal.

Si la subjetivización del delito es un extremo inaceptable, su inversa es igualmente refutable, en el sentido que, la objetivación extrema del injusto, ha marcado el paso a un derecho penal igualmente arbitrario, en el cual, desatendiéndose del contenido subjetivo al cual esta dirigida la conducta, se ha merecido la sanción únicamente en atención, a las consecuencias dañosas del delito, entendida incluso como mera trasgresión normativa, aunque el autor no halla procedido dolosa o imprudentemente. Como se informa por la doctrina penal, los fundamentos más relevantes de la denominada responsabilidad objetiva, parten de la visión del derecho penal germánico, puesto que en este modelo, la culpabilidad del autor del delito, se revelaba a partir de la consecuencia que hubiese acontecido, indicándose que: "Del resultado dañoso producido se deducía como consecuencia la responsabilidad sin hacer en el caso individual investigación alguna sobre la existencia de la voluntad delictuosa"²³⁴.

11.g.3. La adopción de la doctrina del versari.

En los modelos en los cuales privó la concepción objetiva, la determinación de los subjetivo, estuvo ceñida a una presunción de intencionalidad, la cual era contrarrestada en aquella época, mediante juicios de invocación a la divinidad. Sin embargo esta visión de lo criminal, se fue modificando en el pensamiento germánico, por el proceso de la recepción, y sobre todo por la influencia que marco el derecho canónico. Según lo ilustra Castillo -con cita de Löffler- los inicios del principio del versari, como derivación de la responsabilidad objetiva, se adjudican a Papiensis²³⁵, entendiéndose

233 Por asimilar una redacción parecida es oportuno citar el comentario al artículo 5 del Código Penal de España, de cuyo contenido, también se reivindica el principio de culpabilidad, en el sentido de conjurar tanto la doctrina del versari como los delitos cualificados por el resultado, a tales efectos confrontar: MOYNA MÉNGUEZ José, GÓMEZ GUILLAMON Rogelio, LUZÓN CUESTAS José María, ORTIZ ÚRCULO Juan Cesáreo y TORRES-DULCE LIFANTE Eduardo "Código Penal". Comentarios y jurisprudencia. Sexta Edición. Colex. 2001.ps. 36 a 37.

234 Asi LOFFLER "Die Schuldformen des Strafrechts in vergleichend-historischer und dogmatischer Darstellung". Tübingen, 1895 p. 42. Así citado por CASTILLO GONZALEZ Francisco en "El Dolo". Su estructura y sus manifestaciones. Editorial Juritexto. 1° edición. San José. Costa Rica. 1999 p. 25.

235 CASTILLO GONZALEZ Francisco en "El Dolo". Su estructura... op. cit. p. 26.

entonces, que el actuar en lo ilícito hará responsable al autor de todos los resultados que se sobreviniesen incluido los fortuitos. Esta formulación se fue modificando, ya con las primeras Decrétales canónicas sobre el asunto, que emanaron de Inocencio III, y que atemperaron ya de alguna manera, la imputación de los resultados, al no admitir aquellos que tuvieran como origen el caso fortuito²³⁶. Otro avance se vislumbra ya con las Decrétales de Gregorio IX, que afinando la doctrina del *versanti*, moderan la imputación del resultado, aunque mantienen siempre el cimientto de una responsabilidad objetiva²³⁷.

11.g.4. La responsabilidad por el resultado.

La doctrina de la responsabilidad objetiva, en sus múltiples variantes, fue acuñada por diversas fuentes normativas de *lege ferenda*, en nuestros ordenamientos, también fue recepcionada bajo la modalidad de los delitos cualificados por el resultado²³⁸ y los delitos preterintencionales²³⁹. Sin embargo la nueva normativa penal, que se centra sobre la Constitución, en virtud del reconocimiento del principio de culpabilidad, proscribire estas formas de agravar la responsabilidad penal, por lo que las mismas, en la versión original del código penal desaparecen como modalidades incriminativas²⁴⁰, sea que se instituyeran en las parte general o en las tipificación de los delitos, no obstante quedaron remanentes en otras áreas como en la Ley Reguladora de las Actividades

236 CASTILLO GONZALEZ Francisco en “El Dolo”. Su estructura... op. cit. p. 28.

237 Según se expone, a las décretales corresponden distintas perspectivas en cuanto a la imputación del resultado así: 1) El homicidio le era imputable al sujeto si procedía de una acción ilícita bajo el aforismo “*Is, ex cuius opera illicita sequitur homicidium irregularis efficitur*”; 2) El homicidio era así mismo, imputable al sujeto, si aunque derivándose de una conducta lícita, el resultado de muerte se producía por una actuación culposa “*homicidio causale non imputatur, qui non fuit in culpa*”; 3) El homicidio era imputable con tal si el sujeto aun procediendo sin animo de matar obró con animo de golpear si el golpe es letal por el arma o por el lugar donde se golpeó “*tum ratione instrumenti, cum quo ipse percussit quod cum grave sit, non solet levem plagam inferre; tum ratione partis, in qua fuit ille percussus, in qua de modico ictu quis lethaliter solet laedi*”. CASTILLO GONZÁLEZ Francisco “El Dolo”. Su Estructura... op. cit. ps. 28 a 29.

238 Son delitos calificados por el resultado aquellos que: están dotados de una penalidad más gravosa, cuando en la ejecución de un injusto doloso se ocasionan resultados más graves, aunque los mismos no hayan sido previstos ni asumidos por el autor. De ahí que lo que se sanciona en verdad con mayor drasticidad es el resultado sobrevenido pero no la intención del agente.

239 Actúa preterintencionalmente: “quien con ocasión de ejecutar dolosamente una acción típica, causa culposamente un resultado típico más grave”. Así CURY URZUA Enrique “Derecho Penal”. Parte General Tomo I. Primera edición. Editorial Jurídica de Chile. Santiago. Chile. 1982 p. 300.

240 Es por ello que, en la respectiva carta de motivos se indicó con énfasis la interdicción de la responsabilidad objetiva sobre la base de conjurar los delitos preterintencionales, expresándose en lo pertinente: “El principio de responsabilidad desarrolla el de culpabilidad contenido en el art. 12 Cn. y sirve para potenciar un derecho penal de acto con lo cual destierra de la legislación penal salvadoreña la preterintencionalidad como forma de comisión del hecho punible”. HERNANDEZ VALIENTE René “Exposición de motivos del código penal”. en Documentos Básicos de la Nueva Normativa Penal. Asamblea Legislativa. Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo. San Salvador. El Salvador. 1997 ps. 23 a 24.



Relativas a las Drogas²⁴¹, empero por oponerse al principio de culpabilidad que ostenta rango constitucional, es obvia la discordancia entre la norma infraconstitucional con dicha garantía, por motivo de antinomia al principio constitucional de culpabilidad, en cuyo caso debe prevalecer la norma primaria.

Sin embargo, es preocupante que desconociendo la misma prohibición de responsabilidad objetiva, que fue insertada en el artículo 4 del CP -con infausta redacción posterior sobre su concepto- actualmente se emanen del poder legislativo, tipos penales²⁴² que son lesivos al principio de culpabilidad, lo cual si ya es cuestionable por violar un precepto de ley ordinaria, lo es más cuando inobserva y altera un principio constitucional, con trasgresión del artículo 246 Cn²⁴³.

Desde nuestra doctrina constitucional, se ha entendido que el derecho sancionador, incluido el derecho penal, no puede fundamentar sus sanciones en la responsabilidad objetiva, al contrario, se ha señalado como exigencia de la legalidad derivada de la Constitución, que las penas o sanciones, deben erigirse sobre el principio que manda que no puede haber sanción, si en la conducta no ha mediado dolo o culpa.²⁴⁴ En la jurisprudencia costarricense por ejemplo, se ha reconocido desde varios lustros, que la prohibición de la responsabilidad objetiva, es acorde con la garantía del principio de culpabilidad, por lo que, sino media responsabilidad entre el hecho cometido y el resultado atribuido al autor, no es legítima la imposición de una pena²⁴⁵.

241 El artículo 58 de la ley precitada dice: “Si como consecuencia de los delitos tipificados en esta ley resultare la muerte de una o más personas, se aplicara al autor la sanción de ocho a veinte años de prisión. Si el resultado fuere de lesiones graves o muy graves o pérdida o disminución de facultades mentales, la pena será de seis a diez años de prisión.”.

242 Por ejemplo los artículos del código penal: 147-C “Manipulación de Información” que dice: “El profesional de la salud que participe en un proceso de evaluación diagnóstica para una intervención quirúrgica de extracción o trasplante de tejidos humanos, que proporcione información falsa o distorsionada con el fin de influir en la decisión de donar o recibir dichos órganos o tejidos será sancionado con prisión de tres a cinco años. Si como efecto de la influencia indicada en el inciso anterior, se produjere la muerte del donante o del receptor la sanción se incrementara hasta en una tercera parte del máximo de la pena indicada.” (las bastardillas no son del original); art. 367-A que en su inciso final reza: “Si como consecuencia de la comisión de este delito los sujetos pasivos sufren privaciones de libertad en el extranjero, fueren víctimas de delitos de cualquier orden o fallecieron por causa violentas o de naturaleza culposa, la pena se incrementara en las dos terceras partes”.

243 El artículo 246 de la Constitución reza en su inciso primero: “Los principios, derechos y obligaciones establecidos por esta Constitución no pueden ser alterados por las leyes que regulen su ejercicio”.

244 En tal sentido con amplios fundamentos tanto para el derecho administrativo sancionador en sus diferentes facetas como para el derecho penal ver la sentencia de Inconstitucionalidad de la Ley del IVA... op. cit. ps. 81 a 83.

245 La Sala Constitucional de Costa Rica mediante Voto N° 500-90 de las diecisiete horas con treinta minutos del dos de mayo de mil novecientos noventa expresó: “El constituyente en el artículo 39 de la Carta Magna estableció el principio de culpabilidad como necesario para que una acción sea capaz de producir responsabilidad penal, el Código de esta materia en los artículos 30 y siguientes desarrolla este principio disponiendo en el 30 que: “Nadie puede ser sancionado por un hecho expresamente tipificado en la ley sino lo ha realizado por dolo, culpa o preterintención”, de donde no resulta posible constitucional y legalmente hablando aceptar la teoría de la responsabilidad objetiva o culpa in vigilando que sí resulta de aplicación en otras materias, pero que por el carácter propio de la pena se encuentra excluidas de aplicación en lo penal, pues en ésta -como ya se dijo- debe demostrarse necesariamente una relación de culpabilidad entre el hecho cometido y el resultado de la acción, para que aquél le sea atribuido al sujeto activo; la realización del hecho injusto debe serle personalmente reprochable al sujeto para que pueda imponérsele una pena, a contrario sensu, si al sujeto no se le puede reprochar su actuación, no podrá sancionársele penalmente”.

11.g.5. La cuestión del error.

Una de las más claras expresiones del objetivismo penal, fue el negarle por mucho tiempo relevancia al ámbito del error, de ahí que, aunque el sujeto estuviese en una situación errática, que por ser insalvable, no le permitiese conocer lo ilícito de su actuar, siempre se predicaba su responsabilidad, en virtud de que su conducta, había injuriado un interés jurídico con relevancia penal. Y aunque esta visión de la culpabilidad, se atemperó en aquella época, con el advenimiento del llamado error de hecho²⁴⁶, por mucho tiempo se mantuvo el inveterado criterio, de que el error de derecho no excluía la responsabilidad penal, bajo el axioma de “error iuris nocet”²⁴⁷. No obstante ello, actualmente desde el principio de culpabilidad²⁴⁸, debe afirmarse que, cuando el sujeto desconoce por una situación de inadvertencia invencible, que realiza con su conducta un hecho punible -sea como error de tipo o de prohibición- no estará sujeto a responsabilidad penal, puesto que la acción u omisión, para ser objeto de cualquier consecuencia jurídica, en términos de sanción, requiere que se cometa dolosamente o al menos con imprudencia; de ahí que, se requiera del sujeto que fácticamente o normativamente, no yerre de manera decisiva sobre tales circunstancias²⁴⁹. Si ello ha ocurrido así -si se equivoca de manera invencible- la responsabilidad que pueda imputársele, lo será únicamente desde un plano objetivo, lo cual esta proscrito en el derecho penal de culpabilidad. Es por ello que, el código penal actual (art. 28 CP) en armonía con el principio de culpabilidad, que postula el art. 12 de la Constitución, excluya de responsabilidad penal, a quienes han lesionado o puesto en peligro un bien jurídico, si su conducta se desarrolló en un ámbito de error insuperable de la especie predicada.

246 Ver la fundamentación hace sobre el mismo por ejemplo FONTAN BALESTRA Carlos “Derecho Penal”. Introducción y parte general. 9º edición actualizada. Abeledo Perrot. Buenos Aires. Argentina. 1976 ps. 362 a 363.

247 En tal sentido haciendo una relación histórica e indicando que esa noción pervive en muchas legislaciones. STRATENWERTH Günter “Derecho Penal”. Parte General I... op. cit. p. 178

248 Connotando la no punibilidad del error en cualquier modalidad cuando no es vencible en virtud de la garantía de culpabilidad. VELÁSQUEZ V. Fernando “Derecho Penal”. Parte General... op. cit. ps. 284 a 285.

249 Así se indica, que uno de los presupuestos de la garantía de culpabilidad, esta constituida por el hecho, de que el sujeto sepa que su actuar es precisamente contrario a derecho, y que su voluntad conforme a ese conocimiento se dirigía hacia ese fin, que es el delito internalizado en la conciencia del individuo. Si falta tal presupuesto, como lo sería en un ámbito de error relevante, ora en la situación ontica ora en la normativa, la pena no se justificaría, por que el sujeto no actuaría convencido, de estar realizando un hecho delictivo y no ha faltado al cuidado exigido. Así por ejemplo Hart, cuando desde una perspectiva utilitarista, convoca al principio de culpabilidad para garantizar que: “incluso cuando las cosas van mal, como ocurre cuando se comenten errores o se producen accidentes, una persona que haya puesto lo mejor de su parte para respetar el derecho, no será castigada”. HART Herber L.A. Punishment and Responsibility (1968) traducción al italiano por M. Jori con el título “Responsabilidad e pena” Comunita. Milán. Italia. 1981, p. 208. Así citado por FERRAJOLI Luigi “Derecho y Razón”. Teoría... op. cit. p. 491.



11.g.5.1. El error de tipo.

Nuestra normativa penal de fondo, precisamente en el artículo 28 inciso primero²⁵⁰, acuña la versión más aceptada en los ámbitos del error, y en virtud de ello, al error que recae sobre los elementos de la tipicidad, les confiere el tratamiento de un error de tipo. El cual, si es insalvable o invencible, excluirá no sólo el dolo, sino también la imprudencia, y con ello, al afirmarse que no hay tipicidad subjetiva, por la falta de este elemento de lo interno, el hecho devendrá en atípico, con la exclusión de la respectiva responsabilidad penal, precisamente por la ausencia de adecuación típica del elemento subjetivo.

Es importante indicar, que el error de tipo, al recaer sobre la estructura típica, abarca -desde nuestra opinión- tanto a los elementos descriptivos, como a los elementos normativos, que informan al tipo penal, ciertamente estos últimos elementos, están dotados de un mayor contenido valorativo, pero esa circunstancia per se no los excluye del ámbito de la tipicidad, y la situación de que se trata de conceptos normativizados, que requieren una valoración especial, tampoco es una justificación decisiva, por que también los elementos descriptivos del tipo penal, requieren en algunos casos un amplio margen interpretativo. Esta disquisición no es una frivolidad, basté citar, que si se entiende que el error que recae sobre los elementos normativos del tipo penal, constituye un error sobre la tipicidad, la vencibilidad sólo puede ser relevante a efectos de imputar un delito culposo, y al estar construida la culpa, sobre la base de un modelo *numerus clapsus*, la posibilidad de imputación por el resultado decrece. Por otra parte, el error que es irrelevante para la tipicidad, no da paso ni al examen de la vencibilidad, para imputar una conducta culposa, ni tampoco excluye la responsabilidad penal²⁵¹. En el caso que el error sea salvable, aunque no se afirme el dolo, es posible entonces poder imputar el hecho como culposo. Pero ello no significa que, ya sólo por el hecho

250 La disposición dice así: “El error invencible sobre el hecho constitutivo de la infracción penal excluye la responsabilidad penal. Si el error fuere vencible, atendidas las circunstancias del hecho y las personales del autor, la infracción será sancionada en su caso como culposa”. Sobre la ubicación del error de tipo en la norma supracitada. RODRIGUEZ Delmer Edmundo “Apuntes sobre la Teoría del Error en la Legislación Penal Salvadoreña”. Divulgación Jurídica. Año 7. N° 5. Octubre 2000. Comisión Coordinadora del Sector Justicia. Unidad Técnica Ejecutiva. San Salvador. El Salvador. 2000 p. 6.

251 Así por ejemplo, sólo como referente de la irrelevancia de algunos casos de error, en cuanto su no exclusión de responsabilidad Terradillos indica que: “La relevancia o irrelevancia del error sobre determinados elementos del tipo depende a su vez, de la relevancia o irrelevancia de estos. Ordinariamente será irrelevante el error sobre el objeto o sobre el golpe (aberratio ictus) cuando el objeto sea indeterminado (por ejemplo, el “otro” en el delito de homicidio o la “cosa mueble” en el hurto). En los casos de *dolus generalis* también se viene entendiendo irrelevante el error de tipo”. TERRADILLOS BASOCO Juan María “Teoría Jurídica del Delito” en Ciencias Penales Monografías. Consejo Nacional de la Judicatura/Escuela de Capacitación Judicial. 1° edición. San Salvador. El Salvador. 2001 ps. 103 a 104. (el destacado es del original). También en el mismo sentido explicando las diferentes modalidad de errores y su relevancia puede verse: RODRIGUEZ Delmer Edmundo “Apuntes sobre la Teoría del Error en la Legislación Penal Salvadoreña”. Divulgación Jurídica. Año 7... op. cit. ps 6 a 9.

de la vencibilidad del error, haya necesariamente que afirmar la culpabilidad en un delito imprudente. Al contrario, lo único que nace, es la posibilidad de imputar el hecho imprudentemente, sin que ello signifique, afirmar el injusto culposo, y menos su culpabilidad; para ello, deberán acreditarse los elementos pertinentes, propios de esta clase de delito. Además, como ya se expresó, la imputación del delito imprudente, dado que rige entre nosotros, un sistema de crimina culposa, únicamente será posible, si el tipo penal doloso, admite de manera expresa la tipificación culposa, de no ser así, la conducta en sede penal no podrá imputarse a ningún título.

11.g.5.2. El error de prohibición.

Tradicionalmente el denominado "error de derecho", por la doctrina más clásica del derecho penal, -modernamente entendido como error de prohibición- no era antes motivo de exclusión de la responsabilidad penal, bajo la falacia de que las personas, deben conocer la ley a partir de su publicación, con ello en verdad se desconocía el principio de culpabilidad²⁵². Esta presunción con carácter *ope legis* ha sido superada. Y actualmente, al menos en una inmensa mayoría de legislaciones penales, y en el ámbito del derecho penal, el desconocimiento efectivo e invencible de la ilicitud, excluye la responsabilidad penal, tal como lo prescribe el artículo 28 inciso segundo CP²⁵³ entre nosotros, lo cual obviamente se deriva de la garantía de culpabilidad, de rango constitucional a partir del artículo 12 Cn., así, la invencibilidad del error de prohibición, sea directo o indirecto, excluye la conciencia de la ilicitud, como elemento de la culpabilidad, aunque deja subsistente el injusto doloso. De ahí que, si el error es invencible, la persona que se encuentre en tal situación, no incurrirá en responsabilidad penal, puesto que no hay formación de la culpabilidad, en relación con el hecho cometido. Si el error es salvable o vencible, la consecuencia que se formula es la no-exclusión ni del dolo ni de la culpabilidad²⁵⁴, la cual sólo se vera atenuada no sólo en su gradualidad, sino también en la dosimetría de la pena, por regla expresa del artículo 69 CP²⁵⁵.

252 En tales términos reconociendo que con el advenimiento del error de prohibición se potencia el principio de culpabilidad. JESCHECK Hans-Heinrich "Tratado de Derecho Penal". Parte General. Cuarta Edición... op. cit. 408.

253 En lo pertinente la disposición reza: "El error invencible sobre la ilicitud del hecho constitutivo de una infracción penal o de una causa de exclusión de la responsabilidad penal, exime de ésta. Si el error fuere vencible, se atenuara la pena en los términos expuestos en el artículo 69 de este Código".

254 Ello si de manera general, se asume la teoría de la culpabilidad; sobre la misma y las variantes que manifiesta, así como las críticas que se le han señalado, es oportuna la lectura de MUÑOZ CONDE Francisco "El Error en el Derecho Penal". Tirant lo Blanch. Valencia. España. 1989 ps. 32 a 42.

255 La disposición citada indica: "En los casos de error vencible sobre la ilicitud de l hecho constitutivo de la infracción penal o de una causa de exclusión de responsabilidad penal el juez o tribunal fijará la pena entre la tercera parte del mínimo y la tercera parte del máximo de la pena señalada para el delito. De igual manera se fijará la pena en los casos de error vencible sobre la ilicitud del hecho constitutivo de la infracción penal o de una causa de justificación".

256 En verdad, punto medular del error de prohibición, son los parámetros que han de utilizarse para su vencibilidad, tal temática es de inusitada importancia, y abarca el conocimiento de los deberes y de las fuentes de información, como parámetro para salvar la situación errática; empero, la consideración de ese tópico, rebasaría los alcances de la presente exposición, por lo que será oportuno por lo menos citar como fuente importante en este tema, las consideraciones que se tratan en ROXIN Claus "Derecho Penal". Parte General. Tomo I... op cit. ps. 885 a 892.



Sin embargo, habrá que advertir que, para no tornar una ilusión las consecuencias del error de prohibición, en cuanto a su vencibilidad o invencibilidad²⁵⁶, debe procederse de manera flexible, en la apreciación de los motivos, que permiten delimitar los márgenes, de si un error es invencible o vencible, pues de lo contrario la inflexibilidad en este punto, hará del error de prohibición una panacea, y por el contrario habrá una involución hacia el error iuris nocet que pervivirá de manera latente.

11.h. Principio de Proporcionalidad.

11.h.1. Fundamento.

Aunque el principio de proporcionalidad puede abordarse autónomamente al principio de culpabilidad²⁵⁷, también es susceptible de ser vislumbrado, como una manifestación de la garantía de culpabilidad²⁵⁸, y aunque su extensión es vasta, en lo que aquí conviene, ha de examinarse en la dimensión de la proporción que debe corresponderse, entre el injusto culpable y la dosimetría de la pena. Importante es señalar de previo, que el principio de proporcionalidad, como límite a la actividad político criminal del Estado, ya ha sido reconocido mediante precedente de orden constitucional²⁵⁹. Lo anterior, es susceptible de ser abordado en dos grandes aspectos que son los que a continuación se detallarán:

- 257 Por ejemplo lo tratan de manera autónoma Mir Puig al indicar “El principio de culpabilidad no basta, entendido en sus justos términos para asegurar la necesaria proporcionalidad entre delito y pena. Aquel principio sólo exige que pueda <<culpase>> al sujeto de la lesión por la que se le castiga, lo cual requiere sólo ciertas condiciones que permitan imputarle la lesión (como suya, como dolosa o imprudente y como producto de una motivación normal). Nada dice esto de la gravedad de la lesión ni, por tanto, de que deba ajustarse a ésta la cuantía de la pena”. MIR PUIG Santiago “Derecho Penal”. Parte General. 5º Edición... op. cit. p. 100. También haciendo la distinción LUZON PENA Diego-Manuel “Curso de Derecho Penal”. Parte General I... op. cit. ps. 85 a 86.
- 258 En tal sentido confrontar: QUINTERO OLIVARES Gonzalo “Derecho Penal”. Parte General. Segunda edición corregida... op. cit. p. 70; MAURACH Reinhart, ZIPF Heinz “Derecho Penal”. Parte General. Tomo I. Teoría... op. cit. p. 594; COBO DEL ROSAL Manuel, VIVES ANTON Tomás S. “Derecho General”. Parte General. 4º edición... op. cit. p. 491; VELASQUEZ V. Fernando “Derecho penal”. Parte General... op. cit. p. 285.
- 259 En efecto, la doctrina constitucional del máximo tribunal de la materia, ha señalado la relación que coexiste, entre la política criminal y los principios constitucionales, por lo que, además de reconocer el principio de Estado Constitucional de Derecho, el de la dignidad de la persona humana, el del bien común, ha reconocido además como regulador de la política criminal, al principio de proporcionalidad, y sobre ello se dijo en lo pertinente: “Es necesario además hacer referencia a la relación de la política criminal con los principios constitucionales; a tal fin podemos considerar que las premisas esenciales determinadas por la Constitución para el comportamiento estatal en general, y sus concretas manifestaciones en el ámbito penal son... D) Finalmente y sobre todo en materia sancionatoria, la vigencia del principio de proporcionalidad, como una exigencia de ponderación de los intereses en conflicto, lo cual se traduce en materia penal -como afirma González Cuéllar- a “la restricción de los excesos en que pudiera incurrir las actuaciones de los poderes públicos sobre la esfera de derechos e intereses del individuo”. Sentencia de Inconstitucionalidad de la Ley de Emergencia... op. cit. ps. 94 a 95. Sobre el aludido principio la Sala Constitucional de Costa Rica tiene dicho como fundamento: “Una norma o acto público o privado sólo es valido cuando, además de su conformidad formal con la Constitución, esté razonablemente fundado y justificado conforme a la ideología constitucional. De esta manera se procura, no sólo que la ley no sea irracional, arbitraria o caprichosa, sino además que los medios seleccionados tengan una relación real y sustancial con su objeto. Se distingue entonces entre razonabilidad técnica, que es, como se dijo la proporcionalidad entre medios y fines; razonabilidad jurídica, o la adecuación a la Constitución en general, y en especial, a los derechos y libertades reconocidos o supuestos por ella; y finalmente la razonabilidad de los efectos sobre los derechos personales, en el sentido de no imponer a esos derechos otras limitaciones o cargas que las razonablemente derivadas de la naturaleza y régimen de los derechos mismos, ni mayores que las indispensables para que funcione razonablemente en la vida de la sociedad”. Voto N° 1739-92 de las once horas con cuarenta y cinco minutos del primero de julio de mil novecientos noventa y dos.

11.h.2. Proporcionalidad de la pena en sentido abstracto.

El primero de ellos, esta vinculado a la proporcionalidad que debe existir, en la configuración del tipo penal, en cuanto a la dosimetría de la pena abstracta. Ello significa, que cuando se predetermina la conminación penal, la sanción que se asocia como consecuencia jurídica, no puede ser desproporcionada, debe mediar entonces una ponderación, entre el tipo penal que se erige y la pena que para él se dispensa; ello puede obedecer a diferentes parámetros, como la entidad del bien jurídico protegido, la forma de protección que se le concede a dicho interés, sea en grado de lesión o de peligro concreto, el adelantamiento de las barreras punitivas, la especie de la pena, etcétera. Todo ello debe confluir, en una pena que en abstracto -como mínimo y máximo acordado al tipo penal- sea proporcional y no excesiva en su drasticidad. Esta exigencia no es solo una formalidad, sino que constituye un límite para el poder configurador del legislferante, mediante el principio de proporcionalidad²⁶⁰.

De ahí que, no se niega que cuando sea necesario, puede acordarse la protección de un interés jurídico, elevándolo al rango de bien jurídico penal, pero deberá guardarse el justo equilibrio en la punición, sin que los límites que se predeterminen por el legislferante, como merecimiento abstracto de pena sean desproporcionados, por obedecer a un excesivo uso simbólico del derecho penal y de la pena, en cuanto a su drasticidad que desnaturaliza la función de la sanción²⁶¹. Así, sólo a vía de ejemplo, las penas deberán tener diferente entidad, entre injusto culposos y dolosos, entre autores y partícipes, entre los grados de ejecución del delito (consumación respecto del delito imperfectamente ejecutado), entre los ámbitos de la punición en etapas previas a la lesión de un bien jurídico, es decir de resoluciones manifestadas (conspiración-propo-

260 Es por ello que en este punto, la Sala de lo Constitucional, declaró como fundamento de la inconstitucionalidad, la desproporción de los límites de la pena asignada al tipo penal, puesto que indicó que el legislferante, debe respetar el principio de proporcionalidad en materia punitiva. Precisamente se dijo: “Finalmente en relación a tal principio hay que decir, que el mismo no se reduce al ámbito de la aplicación de la ley - lo cual corresponde al Órgano Judicial- sino que desde la formulación de la norma que construye el tipo penal, función -en virtud del principio de legalidad- le corresponde al Órgano Legislativo. Es por tanto errónea la consideración según la cual es al juzgador a quien le corresponde, haciendo uso de la sana crítica, ponderar y medir la razonabilidad y proporcionalidad de la pena, ya que tal función se ve considerablemente reducida si la ley penal ya le ha determinado al juzgador un parámetro desproporcionado para la individualización e imposición de la pena”. Sentencia de Inconstitucionalidad de la Ley de Emergencia... op. cit. p. 96 a 97.

261 La Sala de lo Constitucional al examinar el artículo 2 de la Ley Transitoria de Emergencia contra la Delincuencia y el Crimen Organizado sobre la constitucionalidad de dicha norma en virtud de la drasticidad de la pena dijo: “Consecuencia de ello es que, en cuanto al artículo 2 de la ley en cuestión autoriza la imposición de penas aumentadas en una tercera parte o hasta dos terceras partes de sus límites máximos, implica una violación de la mencionada disposición constitucional, pues supone una desnaturalización de la pena, por el excesivo uso de la misma, como medio, para alcanzar los fines prescritos por la Ley Suprema. Por ello respecto de tal motivo argumentado por los demandantes, el artículo 2 de la Ley Transitoria de Emergencia contra la Delincuencia y el Crimen Organizado es inconstitucional, y así debe declararse en esta sentencia”. Sentencia de Inconstitucionalidad de la Ley de Emergencia ... op. cit. p. 97. (las bastardillas son del original)



sición) respecto de los actos que configuran la tentativa o el delito consumado, entre los cuales debe mediar una dosimetría diferencial. Esos límites son irrebables, pues de lo contrario, se tendría el ejercicio de un poder arbitrario, que no respetaría el principio de proporcionalidad, el cual debe ser observado, en el ejercicio del diseño de la política penal, en este caso, al fijar en abstracto los grados mínimos y máximos de la pena; y si ello es inobservado mediante la fijación de límites desproporcionados, se vulnera no sólo el principio de proporcionalidad, sino el de la finalidad de la pena, que desde su carácter instrumental se dirige a posibilitar al menos la readaptación del condenado y no a ver a la pena como instrumento de vindicta o de puro castigo²⁶².

11.h.3. Proporcionalidad de la pena en concreto.

El segundo aspecto está vinculado, ya no al momento de la predeterminación del poder legislativo, sino a la dosimetría de la pena en el caso concreto, es decir a la fijación de la pena por el hecho cometido, función que corresponde al juez, observándose para ello, los parámetros del desvalor del hecho y del grado de culpabilidad, como manifestación de garantía del principio de culpabilidad respecto del *cuantum* de la pena²⁶³. La simbiosis de ambos criterios, unificados a la finalidad readaptativa de la sanción, son las pautas que marcan la fundamentación de la pena, respecto del desvaloramiento del injusto culpable. En este particular, el juez está obligado, a observar la debida proporcionalidad, en la determinación de la sanción que imponga, observando todos los criterios dogmáticos, que encuentren su demostración en los hechos, que los elementos de prueba han ido demostrando. Así, el grado de afectación al bien jurídico como lesión o peligro real, la forma de ataque al bien jurídico, la cualificación del dolo o de la imprudencia, y

262 Sobre el principio de proporcionalidad entendido en su variante de prohibición de exceso se ha dicho: “El principio de proporcionalidad, supone una pena adecuada a la culpabilidad y no impide que la pena tenga que ser necesaria, ya que validamente puede atenuarse o renunciarse a la aplicación de una pena. Además sólo una pena proporcionada puede responder a las necesidades de la prevención general y de la prevención especial a ultranza, ya que una sanción con fines puramente vindicativos o de prevención especial, no se justifica en la ideología de un Estado de Derecho... Pero además el principio de proporcionalidad se vincula con las características de la reacción penal legítima de un Estado de Derecho a nivel abstracto, tales como el carácter subsidiario del Derecho Penal, ya que éste es válido sólo y únicamente donde la tutela del bien jurídico no puede ser protegido por otros medios menos trascendentes para los derechos del individuo, ya que el derecho penal se constituye en la última ratio del ordenamiento”. MORA MORA Luis Paulino, NAVARRO SOLANO Sonia “Constitución y Derecho Penal”... op. cit. p. 174

263 En tal sentido, denotando los límites de la pena sobre la base del desvalor del hecho y del grado de culpabilidad, a partir del principio de culpabilidad ver: CHOCLAN MONTALVO José Antonio “Culpabilidad y Pena”. Su medición... op. cit. p. 125; CALDERON CERREZO Ángel, CHOCLAN MONTALVO José Antonio “Principios, Hecho Punible y Responsabilidad Penal”. Revista Justicia de Paz. Año I Volumen I. Septiembre-Diciembre 1998. San Salvador. El Salvador. 1998 p. 4; MORENO CARRASCO Francisco, RUEDA GARCIA Luis “Código Penal de El Salvador”. Comentario. Justicia de Paz. (CSJ-AECI) San Salvador. El Salvador. 1999 p. 199.

la especie de las mismas, la intensidad en cuanto exigencia de la conciencia de lo ilícito, las particularidades del sujeto activo cuando sean en su beneficio, la merituación de circunstancias agravantes que no estén desvaloradas ya en el injusto, y que hagan más reprochable éste o el grado de culpabilidad, las circunstancias atenuantes, las compensaciones socialmente destructivas de la culpabilidad, especialmente aquellas que se devienen como penas forenses, y que se reconocen a partir de las dilaciones -al menos las indebidas- del procedimiento para juzgar al acusado en un plazo razonable.

11.h.4. La agudización de la pena de prisión.

Modelo preferido por quienes abusan del simbolismo penal, es el endurecimiento de las sanciones penales, con ello se manda un mensaje -que en su esencia es falso- a los habitantes, de que se está trabajando responsablemente en la seguridad ciudadana. En verdad, que por su reduccionismo, estas opciones no sólo, no son eficaces para enfrentar el fenómeno de la criminalidad, sino que por el contrario agravan el problema, pues en lugar de penetrar la verdaderas causas del fenómeno criminal en toda su complejidad, se limitan a confiar en el aspecto simbólico preventivo general de la pena, sobre la base, ya no de la intimidación, sino del pretendido “terror”, que pueda generar en la población el enfrentarse a penas endurecidas. Por lo tanto, se ocultan las “raíces” del delito, agudizándolo a su vez, por que mediante tal noria de política penal, el fenómeno del crimen, sólo es abordado en uno de sus aspectos, el más simplista de todos, para enfrentar la criminalidad, pero es el que sin duda deja más “réditos” políticos, por su bajo costo -en nuestro país sólo se necesita mayoría simple-; sin embargo, esa forma de política penal, es una paradoja para quienes rehuyen del populismo social y económico, pero no tienen “empacho”, para ser “populistas jurídico-penales”. Estos aspectos meramente preventivos de la pena, que tanta confianza inspiran a los “modernos gobernantes”, que hacen uso de un “moderno derecho penal” y que como solución a la realidad del delito, parecen hablar “ex cátedra”, como bien lo ha destacado Larrari -citando el informe Hirsch-Bottoms-Burenay-Wikström- están modernamente cuestionados en cuanto a su real eficacia²⁶⁴ por lo que en las consecuencias, sólo generan un mayor abatamiento de las garantías penales, sin que efectivamente la criminalidad disminuya.

264 Entre las dificultades que se señalan a los efectos preventivo-generales de la pena se citan en la visión de Nagin: 1) “los efectos de la prevención general se difuminan con el paso del tiempo”; 2) “hay poco conocimiento de la relación existente entre aumento de severidad y percepción subjetiva de la misma”; 3) “las investigaciones concretas no son generalizadas”; 4) “las leyes no se aplican como se prevén y su aplicación real es escasamente analizadas por los investigadores. Además de las anteriores -indica Larrari- las últimas investigaciones en tal materia han informado de los siguientes puntos críticos respecto de las consecuencias de la prevención general, los cuales se detallan así: “a) Confusión entre correlación y causación; b) la dificultad de diferenciar las diversas variables del sistema penal; c) errores en las cifras oficiales; d) desconocimiento de para que tipo de delito y para que tipo de delincuente; e) ignorancia acerca del resto de factores causales concurrentes; f) efecto simultáneo; g) dificultad de distinguir los efectos a corto y a largo plazo; h) confusión de efectos entre prevención e incapacitación; i) desconocimiento de la subjetividad de las personas para saber si conocen y alteran, en base a ello, su comportamiento”. LARRAURI PIJOAN Elena “Fundamentos de Política Criminal” en Ciencias Penales... op. cit. p. 42.



Por otra parte, la otra faz de la prevención, ya en la aplicación de la sanción o en su aspecto preventivo especial, opta por el medio más simplista, al cual por su irracionalidad, han recurrido siempre todos los modelos autoritarios de derecho penal, este prototipo se traduce, en fijar unos límites a la pena de prisión, por los cuales el individuo resulte segregado, inocuizado, o eliminado del tejido social, para ello se proponen penas severas en cuanto a sus límites, las cuales por una combinación sistémica en cuanto a los beneficios penitenciarios, se transforman en verdaderas penas de prisión perpetua. Las penas que por su duración, tengan manifestaciones de indefinición, en verdad trasgreden el principio de culpabilidad, por que asocian a la permanencia de la pena, la permanencia de la culpabilidad, es decir que mantienen una visión perpetua de la culpabilidad, erigiendo una presunción de que se es culpable de por vida, y negando la posibilidad de rehabilitación del condenado, esta última cuestión entre nosotros, es verdaderamente fundamental, en virtud del rango de principio constitucional que tiene la resocialización, a partir del artículo 27 de la Constitución, que prevé como fin medular de la pena, no otra cosa que la configuración de una oferta de oportunidades que el Estado esta en la obligación de brindar al reo, para posibilitar la reincorporación de los condenados al cuerpo social y no su eliminación del mismo. Una rápida visión normativa, pero además lógico-empírica, nos permitirá comprobar la afirmación precedente. La reforma ha mutado en algunos tipos penales la consecuencia jurídica, haciéndola verdaderamente drástica. Son ejemplos de ello, los artículos: 129 CP que regula el homicidio agravado, y que teniendo antes unas penas diferenciadas, según concurriese un diferente motivo de agravación, actualmente tiene una pena indiferenciada para la concurrencia de todas las circunstancias agravatorias, equiparándolas todas, en una especie de homogeneidad desvalorativa; y fijando a su vez para todas ellas, la pena de treinta a cincuenta años de prisión.

En el caso del secuestro, de una pena que oscilaba entre diez a veinte años, y que podía ser agravada especialmente si concurrían ciertas circunstancias calificantes, se ha pasado ahora a una pena de treinta a cuarenta y cinco años de prisión, que en virtud de las calificantes especiales, previstas para los atentados a la libertad agravados, puede alcanzar los sesenta años de prisión. A esas penas sumamente exacerbadas en su dosimetría, deben añadirse dos nuevas situaciones: a) Si concurre una pluralidad delictiva en la modalidad de concurso material, las penas acumuladas pueden alcanzar el lindero de los setenta y cinco años de prisión, ello según lo dispone el artículo 71 CP²⁶⁵; b) La excepción para la libertad condicional, en los casos que indica el artículo 92-A CP²⁶⁶ y

265 El tenor literal es el que sigue: “En caso de concurso real de delitos se impondrá al culpable todas las penas correspondientes a los delitos que haya cometido, a fin de que las cumpla sucesivamente por el orden de su respectiva gravedad, comenzando por la pena mayor, pero el conjunto de las penas impuestas, en ningún caso podrá exceder de setenta y cinco años”.

266 La norma reza: “No se aplicará el artículo 85 a los sujetos reincidentes, habituales, a los que hayan conciliado, antes del nuevo delito, en los últimos cinco años una infracción similar, o a los que pertenezcan a organizaciones ilícitas o con finalidad ilícita, bandas o pandillas criminales, a los que realicen su conducta en grupo de cuatro o más personas, en los casos de delitos que lesionen o pongan en peligro la vida, la integridad personal, la libertad ambulatoria, la libertad sexual o el patrimonio. Se considera reincidente o habitual al sujeto que cometa el hecho punible en las circunstancias establecidas en el numeral 16 del artículo 30 de este Código”.

la prohibición que establece el artículo 149 CP que en su parte final reza: “en ningún caso podrá otorgarse al condenado el beneficio de la libertad condicional o libertad condicional anticipada”.

Lo anterior significa, que una persona encontrada culpable de secuestro, debe cumplir íntegramente su pena, sin posibilidad alguna de acceder a un subrogado en la etapa ejecutiva de la sanción penal. En tal sentido, la pena alcanza una dimensión de perpetuidad, pero más allá de ello, la agravación punitiva señalada, se opone totalmente al enfoque que la Constitución tiene de la pena de prisión, el cual como ya dijimos, es una visión rehabilitadora para el individuo, lo cual es incompatible con penas absolutamente desproporcionadas, que de ser aplicadas -sólo si se entendiese que no vulnera el fin de la pena del art. 27 Cn- requerirán de centros de ejecución especiales, de los cuales el país será tristemente celebré pionero de las denominadas “cárceles geriátricas”.

11.h.5. Proporcionalidad de las medidas de seguridad.

Al analizar este tópico, no podemos dejar de advertir, que precisamente el principio de proporcionalidad como atemperador del poder penal, surge a partir de la indeterminación de las medidas de seguridad²⁶⁷, que se imponían a inimputables bajo la ideología terapéutica²⁶⁸, o a sujetos considerados peligrosos, por lo cual, además de la pena era posible imponer a su vez medidas asegurativas, esta idea del defensismo social, es afrentadora de la garantía de culpabilidad²⁶⁹, aunque se entendiera que con

267 Así lo informa MIR PUIG Santiago “Derecho Penal”. Parte General. (Fundamentos y Teoría del Delito). 3º edición corregida y puesta al día. PPU. Barcelona. España. 1990 p. 110.

268 La ideología terapéutica, es aquella, que crea la falsa conciencia de que a los inimputables, debe imponérselos medidas de seguridad, por que en virtud de tal aplicación se les dispensara un estado de bienestar, en cuanto a la recuperación de sus patologías mentales. Sobre esta visión y los presupuestos que la fundamentan se han señalado agudos reparos como puede confrontarse en SOTOMAYOR A. Juan Oberto. “Inimputabilidad y Sistema Penal”. Editorial Temis. Santa Fe de Bogotá. Colombia. 1996 ps. 110 a 112.

269 En tal sentido por ejemplo La Sala Constitucional de Costa Rica ha dicho en lo pertinente que: “La autorización para imponer una medida de seguridad en los casos a que se refiere el señalado artículo 98 en su inciso 4º, resulta incompatible con la idea del Estado de Derecho, pues una vez que a la persona se le ha realizado el juicio de reproche, respecto de los hechos a él atribuidos, lo que permite tenerlo como autor de un hecho y aplicarle en consecuencia una pena, se le vuelve a someter a “juicio”, en el que no se juzgarán los hechos, sino que se valorará el posible efecto que en él surtió la pena que le correspondió de conformidad a los principios de legalidad y culpabilidad que las informan y se opta por someterlo a una medida indeterminada en cuanto a su duración, negándosele también como consecuencia y en relación a la medida, la posibilidad de que le sean concedidos una serie de beneficios que proceden respecto de las penas pero no respecto de las medidas, con lo que se contraviene lo dispuesto en el párrafo segundo del artículo 42 constitucional. La norma que se analiza hace derivar una consecuencia jurídica más grave a la pena impuesta a una persona condenada con anterioridad, de tal forma que añade un plus de gravedad a la pena inicialmente impuesta., lo que amerita una nueva valoración sobre la respuesta penal para un mismo hecho y por ello se contraviene el principio “non bis in idem” contenido en el artículo constitucional citado y en el 8.4 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Además dicha norma también irrespeta lo dispuesto en el artículo 28 constitucional al pretender obligar al ciudadano a modificar su pensamiento o modo de vida, hasta adoptar los principios que el legislador toma en cuenta para fijar los tipos penales. Con la imposición de una pena se le llama la atención al destinatario principal de la norma



ello, se le propiciaba al denominado “enfermo mental” un beneficio. Obviamente tal tratamiento, estaba -y esta muy lejos- de constituir una especie de beneficio, para la persona sujeta a las medidas asegurativas, por lo que estas, no eran otra cosa, que verdaderas privaciones de libertad indefinidas. Para aliviar la situación anterior, es que se potencia el principio de proporcionalidad, fundamentado no sólo en la necesidad de la medida, sino que también en los límites que ésta debería reconocer, puesto que las medidas de seguridad -entiéndase como consecuencias jurídicas del delito- adolecían de una especie de prevención especial negativa aguda, la cual incluso ni para la pena se afirmaba. De ahí que, en virtud de la razonabilidad de la duración de las medidas asegurativas, se erigieron límites, tomando como parámetros, la gravedad de la pena en su dosimetría abstracta.

Y en tal sentido, las medidas de seguridad no podrían rebasar, los límites máximos de las penas deparadas para el delito. Pero además, debe señalarse, que para respetar en este ámbito el principio de proporcionalidad, la dosimetría de la medida de seguridad en concreto, no puede rebasar la penalidad que también en concreto, podría haberse señalado al inimputable, si este hubiese tenido capacidad de culpabilidad penal. En virtud de ello, también la fijación de las medidas de seguridad, deben estar justificadas -es decir motivadas- en cuanto a la duración de las mismas. Precisamente, a nivel regulativo de *lege lata*, ya se reconoce esta expresión del principio de proporcionalidad, al prescribirse como garantía penal mínima que las medidas de seguridad están regidas por el principio de necesidad²⁷⁰.

para que modifique su conducta, pero si ello no se logra, el Estado no se encuentra legitimado para extender el tanto de la sanción hasta que la pretensión se logre, ello conllevaría a un nuevo juicio de reproche, esta vez por no haberse reformado como se pretendía, exigiéndosele modificar sus pensamientos y mientras ello no ocurra, la reacción penal del Estado se mantiene. Este pensamiento no resulta propio de un sistema democrático pero sí de un régimen autoritario que no se aviene a los principios de libertad en que se fundó el sistema constitucional costarricense”. Voto Número 88-92 de las once horas del diecisiete de enero de mil novecientos noventa y dos. La sentencia aludida, pone de relieve una cuestión importante, que creo es oportuno meditarla: el Estado no se encuentra justificado, para imponer forzosamente una clave valorativa, respecto de las personas que han infringido una norma, no puede imponer una determinada moral, so pretexto de que entonces endurecerá la reacción punitiva sean penas o medidas de seguridad. De ahí que, este mismo fundamento de que el hombre es indisponible éticamente, es predicable -según mi opinión respecto de la reincidencia- en el sentido que el Estado no esta legitimado, para acudir al “cuco” de la pena, para imponer determinados valores mediante la amenaza de la coerción penal, que de no asimilarlos el sujeto, será castigado más drásticamente. La pena no puede ser entendida de esa manera y así lo ha entendido -eso creo al menos- la Sala de lo Constitucional quien con cita acertadísima de Mir Puig ha dicho: “Tal es el fin determinante al servicio del cual se ubica la pena, entendida la resocialización -a decir de Mir Puig- “no como sustitución coactiva de los valores del sujeto, no como manipulación de su personalidad, sino como un intento de ampliar las posibilidades de la participación en la vida social, una oferta de alternativas al comportamiento criminal”. Sentencia de Inconstitucionalidad de la Ley de Emergencia... op cit. p. 95 (las bastardillas me pertenecen).

270 El artículo 5 del CP prescribe que: “Las penas y medidas de seguridad sólo se impondrán cuando sean necesarias y en forma proporcional a la gravedad del hecho realizado. En ningún caso podrá imponerse medida de seguridad sino es como consecuencia de un hecho descrito como delito en la ley penal, ni por tiempo superior al que le hubiere correspondido al sujeto como pena por el hecho cometido. A tal efecto el tribunal establecerá en la sentencia, razonadamente, el límite máximo de duración”.

11.h.6. La trasgresión actual al principio de proporcionalidad.

Sólo resta destacar, que una vocación legislativa, por criminalizar conductas delictivas anticipando en extremo la punición, bajo la modalidad im vorfeld o "criminalización en un estadio anterior o en las "avanzadas de la lesión de un bien jurídico"²⁷¹ -cuya forma de anticipación, es ya cuestionable desde la perspectiva del bien jurídico, y por ende del principio de lesividad- en nuestro medio determina una seria afrenta al principio de proporcionalidad de las penas, en su dimensión abstracta, puesto que la pena que se concede al delito consumado, se acuerda en los mismos límites para las resoluciones manifestadas, es decir para la proposición o conspiración delictiva en ciertos delitos. Esta nueva forma de punir -que con benevolencia igualaría a Dracon- genera insospechados e inauditos efectos intrasistemáticos en el código penal. Un ejemplo de entre tantos que podrían esbozarse, ilustrara sobre ello. Sí en el delito de homicidio agravado, que es un delito de resultado material, la pena para cuando alcanza la consumación, es idéntica a la pena que se dispensa, cuando se propone o se conspira para cometer un homicidio de esa especie; resulta que principiar la ejecución del homicidio, sin lograr su consumación, por causas extrañas al agente -tentativa- es un hecho más beneficioso en términos de pena: puesto que la tentativa, tiene una pena menos drástica, que la proposición y la conspiración, aún cuando aquella modalidad, represente ya un peligro concreto para el bien jurídico vida.

En tal sentido, la reforma penal conduce a penar más gravemente las resoluciones manifestadas que la misma tentativa, igualando en el merecimiento de pena en abstracto, los estadios de la proposición y conspiración, con la consumación del homicidio agravado en sus modalidades -lo cual también es predicable para diversos delitos contra el patrimonio- puesto que, entre delito consumado y proposición o conspiración para cometer ese delito no hay diferencia de penalidad, siendo los límites mínimos y máximos los mismos²⁷², excepto el delito de secuestro, aunque debe señalarse, que la

271 Sobre esta forma de anticipar la punibilidad confrontar: ARCE VÍQUEZ Jorge Luis, CHIRINO SÁNCHEZ Alfredo "Los Problemas de la Política Criminal del Peligro: Consideraciones en torno a la punibilidad de los llamados "actos preparatorios" como delitos independientes" en *Doctrina Penal*. 1999/A. Editores del Puerto. Buenos Aires. Argentina. 1999, p. 4.

272 Para ejemplificar sobre ello, es oportuna la cita de las disposiciones legales citadas: dice el artículo 129-A CP "La proposición y conspiración en los casos de homicidio agravado serán sancionados respectivamente, con igual pena que la establecida en el artículo anterior". Y precisamente la pena que se establece en el artículo 129 CP que es el antecedente es la pena para el delito consumado". De igual manera el artículo 214 CP establece: "La proposición y conspiración para cometer cualquiera de los delitos mencionados en este Capítulo, con excepción del delito de receptación, serán sancionados con igual pena que para los delitos referidos, respectivamente". Como en el caso anterior la pena que se depara es la misma que la del delito consumado y en esa regla de "homogeneidad" desvalorativa entre delito consumado respecto de proposición y conspiración quedan comprendidos los entuertos penales de robo, robo agravado, extorsión y conducción de mercadería de dudosa procedencia. Por ultimo, aunque con una pena diferenciada que siempre es sumamente grave -y que rebasa la penalidad del delito tentado o imperfecto- se establece en el artículo 149-A CP "La proposición y conspiración para cometer cualquiera de las conductas descritas en los dos artículos anterior-



pena determinada para la lesión en las avanzadas de éste último delito también es desproporcional. Lo anterior trasgrede el principio de proporcionalidad, en este caso bajo la denominación de principio de necesidad o de prohibición de exceso. Puesto que, la creación de tipos penales con penas desproporcionadas, además de afectar el principio de culpabilidad en esta modalidad, también infringe el principio de resocialización de la pena, puesto que se recurre a este mecanismo de violencia como un instrumento de puro castigo, lo cual es incompatible con la finalidad de la pena desde la visión constitucional. De ahí que, en la práctica en lugar de una "Política criminal", se está construyendo en este ámbito una "Criminal Política" en el sentido que, esa forma de definir los ámbitos de la punibilidad, exceden los límites que se reconocen como legítimos mediante el uso razonable del poder²⁷³, el cual en su ejercicio real, no puede ser ejercitado transgrediendo los principios, derechos y garantías constitucionales, ello no debe ser admitido en un Estado que se precie de asumir la digna investidura de ser gobernado por la Constitución²⁷⁴.

res, serán sancionadas, para el caso de privación de libertad con prisión de uno a tres años y para el caso del secuestro, con prisión de diez a veinte años". Llama la atención la desproporción intransistémica, de la tutela de los bienes jurídicos, la cual queda gravemente comprometida en cuanto a su merecimiento de tutela, puesto que en tal caso, por un delito de homicidio simple que ofende al bien jurídico vida cuya jerarquía es notable para los efectos penales, la sanción será de diez a veinte años de prisión, misma que se predicará por el hecho de conspirar o proponer un delito de secuestro, esa irrazonabilidad en el tratamiento de la tutela de bienes jurídicos en cuanto a los grados de afectación permite entender la conculcación del principio de culpabilidad, que garantiza una proporcionalidad en la pena según sea el grado de ofensa y la naturaleza del bien jurídico afectado.

- 273 En el sentido de resguardar la proporcionalidad de las penas como un principio rector del ejercicio poder en un Estado Democrático se ha dicho: "Pero un Estado democrático debe exigir, además que la importancia de las normas apoyadas por las penas proporcionadas no se determinen a espaldas de la trascendencia social efectiva de dichas normas. Se sigue de ello que un derecho penal democrático debe ajustar la gravedad de las penas a la trascendencia que para la sociedad tienen los hechos que se le asignan, según el grado de la <<la nocividad social>> del ataque al bien jurídico". MIR PUIG Santiago "Derecho Penal". Parte General. 5° edición ... op. cit. ps. 100 a 101. (el destacado le pertenece al original).
- 274 La visión de que nos rige un Estado Constitucional de Derecho con todas las implicaciones que ello importa respecto de la vigencia reales de los principios, derechos y garantías fundamentales en relación al diseño de la política criminal en cuanto límites para el Estado lo hace suyo -y nos adherimos al mismo- la Sala de lo Constitucional al expresar que: "En primer lugar, la configuración de un Estado Constitucional de Derecho, el cual -como sostiene Pérez Luño- importa "un tipo de Estado con unas exigencias de contenido materiales que se cifran en la necesidad de una organización y regulación de la actividad estatal guiada por principios racionales, que deben traducirse en un orden político justo"; y que visto desde un enfoque técnico, -sostiene el mismo autor-, consiste en ciertos "mecanismos o condiciones jurídicas de hecho que presiden el funcionamiento del Estado", basados en ciertos presupuestos fundamentales como son: la limitación de la actividad de los órganos del poder por la constitucionalidad y la legalidad; la garantía por parte de ésta de ésta de los derechos fundamentales; y la teoría del control jurisdiccional de toda la actividad del Estado". Sentencia de Inconstitucionalidad de la Ley de Emergencia... op. cit. p. 94.

**BIBLIOGRAFIA.**

-  ARCE VÍQUEZ Jorge Luis, CHIRINO SÁNCHEZ Alfredo “Los Problemas de la Política Criminal del Peligro: Consideraciones en torno a la punibilidad de los llamados “actos preparatorios” como delitos independientes” en *Doctrina Penal*. 1999/A. Editores del Puerto. Buenos Aires. Argentina. 1999.
-  ARROYO GUTIÉRREZ José Manuel “Juez y Democracia en el Siglo XXI” en *La Voz del Consejo*. No 4. Periodo julio-agosto-septiembre 2001. Edición Especial. Consejo Nacional de la Judicatura. San Salvador. El Salvador. 2001.
-  BACIGALUPO Enrique “Derecho Penal. Parte General. Hammurabi. Buenos Aires. Argentina. 1987.
-  BACIGALUPO Enrique “Las Bases Institucionales de la Política Criminal española en los últimos años. El Principio de Legalidad como Tarea Inconclusa” en AA. VV. “De las Penas”. Homenaje al profesor Isidoro de Benedetti. Coordinadores Baigun, Zaffaroni, García-Pablos, Pierangeli. Editorial de Palma. Buenos Aires. Argentina. 1997.
-  BACIGALUPO Enrique “Principios de Derecho Penal”. Parte General. 3º edición. AKAL/IURE. Madrid. España. 1995
-  BARATTA Alessandro “Política Criminal entre la política de seguridad y la política social” en AA. VV. *Delito y Seguridad de los Habitantes*. Coordinador Elías Carranza. Siglo Veintiuno editores. Madrid. España. 1997.
-  BARBERO SANTOS Marino “Consideraciones sobre el estado peligroso y las medidas de seguridad, con particular referencia a los Derechos italiano y alemán” en *Estudios de Criminología y Derecho Penal*. Universidad de Valladolid. Secretariado de Publicaciones. Valladolid. España. 1972.
-  BIDART CAMPOS Germán, CALOGERO PIZZOLO H. (Coordinadores) “Derechos Humanos” Corte Interamericana. Opiniones Consultivas. Textos completos y comentarios. Ediciones Jurídicas CUYO. Mendoza. Argentina. 2000.
-  BINDER Alberto M. “Política Criminal”. De la formulación a la praxis. AD-HOC. Buenos Aires. Argentina. 1997.
-  BUSTOS RAMIREZ Juan “Introducción al Derecho Penal”. Segunda edición. Temis. Santa Fe de Bogotá. Colombia. 1994.
-  BUSTOS RAMÍREZ Juan, HORMAZÁBAL MALARÉE Hernán “Lecciones de Derecho Penal”. Volumen I. Fundamentos del sistema penal, esquema de la teoría del delito y del sujeto responsable y teoría de la determinación de la pena. Editorial Trotta. Madrid. España. 1997.



-  CADAVID QUINTERO Alfonso "Introducción a la Teoría del Delito". Especial consideración a los fundamentos del delito imprudente. Biblioteca Jurídica DIKE. Medellín. Colombia. 1998.
-  CALDERON CEREZO Angel, CHOCLAN MONTALVO José Antonio "Principios, Hecho Punible y Responsabilidad Penal". en Revista Justicia de Paz. Año I Volumen I. Septiembre-Diciembre 1998. San Salvador. El Salvador. 1998.
-  CARRANZA Elías "La interrelación de la Ciencia Penal con la Política Criminal" en "La Ciencia Penal y la Política Criminal en el Umbral del Siglo XXI. Coloquio Internacional. Instituto Nacional de Ciencias Penales. México D.F. 1996.
-  CARRARA Francesco "Programa del Curso de Derecho Criminal". Parte General. Traducción de Octavio Béeche y Alberto Gallegos. Tomo I. Primera Edición facsimilar. Editorial Jurídica Continental. San José. Costa Rica. 2000.
-  CARRARA Francesco "Programa del Curso de Derecho Criminal. Parte General. Tomo II. Traducción de Octavio Béeche y Alberto Gallegos. Primera edición facsimilar. Editorial Jurídica Continental. San José Costa Rica. 2000.
-  CASTILLO GONZALEZ Francisco "El Dolo". Su estructura y sus manifestaciones. Editorial Juritexto. 1º edición. San José. Costa Rica. 1999.
-  CHOCLAN MONTALVO José Antonio "Culpabilidad y Pena". Su medición en el sistema penal salvadoreño. Justicia de Paz (CSJ-AECI). Primera edición. San Salvador. El Salvador. 1999.
-  COBO DEL ROSAL Manuel, VIVES ANTÓN Tomás S. "Derecho Penal". Parte General. 4º Edición. Conforme al Código penal de 1995. Tirant lo Blanch. Valencia. España. 1996.
-  CREUS Carlos "Derecho Penal". Parte General. 3º edición actualizada y ampliada. Astrea. Buenos Aires. Argentina. 1992.
-  CUELLO CALON Eugenio "Derecho Penal". Tomo I Parte General. Conforme al código penal, texto refundido de 1944. Décima Edición. Editorial Bosch. Barcelona. España.1951.
-  CURY URZUA Enrique "La Ley Penal en Blanco". Temis. Bogotá. Colombia. 1988.
-  CURY URZUA Enrique "Derecho Penal". Parte General. Tomo I. Segunda Edición. Editorial Jurídica de Chile. Santiago de Chile. 1988.



-  CURY URZUA Enrique "Derecho Penal". Parte General. Tomo II. Editorial Jurídica de Chile. Santiago de Chile. 1985.
-  DALL'ANESE Francisco "Bien Jurídico Tutelado y Democracia" en Cuadernos de Estudio del Ministerio Público de Costa Rica. N° 5. Poder Judicial. San José. Costa Rica. 2001.
-  DALL'ANESE RUIZ Francisco, FERNANDEZ VINDAS Rosario y GATGENS GÓMEZ Erick "Omisión Impropia". Editorial Jurídica Continental. San José. Costa Rica. 2001.
-  DEL CID FLORES Evelin Carolina "La Función del derecho Penal en el Estado de Derecho" en Revista de Derecho Penal N° 1. Enero 1996-Julio 1997. Corte Suprema de Justicia. San Salvador. El Salvador. 1997.
-  DELMAS-MARTY Mireille "Modelos Actuales de Política Criminal". Traducción de Marino Barbero Santos. Colección Temas Penales. Serie A N° 4. Centro de Publicaciones. Ministerio de Justicia. Madrid. España. 1986.
-  DÍAZ Elías "Estado de Derecho y Sociedades Democráticas" Cuarta edición. Madrid. España. 1972.
-  DIEZ RIPOLLÉS José Luis "El Bien jurídico protegido en un derecho penal garantista" en Nuevo Foro Penal. Revista del Centro de Estudios Penales de la Universidad de Antioquia. N° 60 Enero-Abril. 1999. Editorial Temis. Santa Fe de Bogotá. Colombia. 1999.
-  DONNA Edgardo Alberto "La Peligrosidad en el Derecho Penal". Ensayos Jurídicos. N° 24. Editorial Astrea. Buenos Aires. Argentina. 1978.
-  DURÁN RAMÍREZ Juan Antonio "Interpretación Constitucional" en AA. VV. "Teoría de la Constitución Salvadoreña". Unión Europea y Corte Suprema de Justicia. 1° edición. San Salvador. El Salvador. 2000.
-  ENCICLOPEDIA UNIVERSAL ILUSTRADA. Europea-Americana. Tomo LX. Espasa/Calpe. Madrid. España. 1928.
-  FERNANDEZ CARRASQUILLA Juan "Derecho Penal Fundamental". Volumen I Introducción al Derecho Penal. Evolución de la Teoría del Delito. Temis. Santa fe de Bogotá. Colombia. 1985.
-  FERNÁNDEZ CARRASQUILLA Juan "Derecho Penal Fundamental". Tomo II. Teoría general del delito y punibilidad. Segunda reimpresión. Temis. Santa Fe de Bogotá. Colombia. 1995.





-  HASSEMER Winfried “Viejo y Nuevo Derecho Penal” en Persona, Mundo y Responsabilidad. Bases para una teoría de la imputación en derecho penal. Traducción de Francisco Muñoz Conde y María del Mar Díaz Pita. Editorial Temis. Santa Fe de Bogotá. Colombia. 1999.
-  HENDLER Edmundo S. “El Derecho Penal en los Estados Unidos de América”. Publicaciones del Instituto Nacional de Ciencias Penales. Primera edición. México. D.F. México. 1992.
-  HERNANDEZ VALIENTE René “Exposición de motivos del código penal”. en Documentos Básicos de la Nueva Normativa Penal. Asamblea Legislativa. Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo. San Salvador, El Salvador. 1997.
-  HERNÁNDEZ VALIENTE René. Coordinador. “Líneas y Criterios Jurisprudenciales de los Tribunales de Sentencia y Juzgados de Menores. Año 1999. Centro de Jurisprudencia. Corte Suprema de Justicia. San Salvador. El Salvador. 2000.
-  HIRSCH Hans Joachim “El principio de culpabilidad y su función en el derecho penal”. Traducción de Daniel R. Pastor. en Derecho Penal. Obras completas. Tomo I. Rubinzal Culzoni. Buenos Aires. Argentina. 1999.
-  HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán. “Bien Jurídico y Estado Social y Democrático de Derecho. El objeto protegido por la norma penal”. Primera Edición. PPU. Barcelona. España. 1991.
-  JAKOBS, Günter. “Sociedad, Norma y Persona en una teoría de un derecho penal funcional”. Primera edición. Editorial Cívitas. Madrid. España. 1996.
-  JAKOBS Günther “Derecho Penal” Parte General. Fundamentos y Teoría de la Imputación. 2º edición corregida. Traducción de Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo. Editorial Marcial Pons. Madrid. España. 1997.
-  JAKOBS Günther “Que Protege el Derecho Penal: Bienes jurídicos o la vigencia de la norma”. Traducción de Manuel Cancio Meliá. Ediciones Jurídicas Cuyo. Mendoza. Argentina. 2001.
-  JEAN VALLEJO Manuel “Principios Constitucionales y Derecho Penal Moderno”. Estudios sobre cuestiones de especial relevancia constitucional. Primera edición. AD-HOC. Buenos Aires. Argentina. 1999.
-  JESCHECK Hans-Heinrich “Tratado de Derecho Penal”. Parte General. Volumen Primero. Traducción de la tercera edición alemana por Santiago Mir Puig y Francisco Muñoz Conde. Editorial Bosch. Barcelona. España. 1981.



-  JESCHECK Hans-Heinrich "Tratado de Derecho Penal". Parte General. Volumen Segundo. Traducción de la tercera edición alemana por Santiago Mir Puig y Francisco Muñoz Conde. Editorial Bosch. Barcelona. España. 1981.
-  JESCHECK Hans-Heinrich "Tratado de Derecho penal". 4º edición completamente corregida y ampliada. Traducción de José Luis Manzanares Samaniego. Editorial Comares. Granada. España. 1993.
-  JIMENEZ DE ASUA Luis "Tratado de Derecho Penal". Tomo Segundo. Editorial Losada. Buenos Aires. Argentina. 1950.
-  KAISER Günther "Criminología". Una Introducción a sus fundamentos científicos. Traducción de la segunda edición alemana por José Belloch Zimmermann. Espasa-Calpe. Segunda edición. Madrid. España. 1983.
-  KAUFMANN ARMINN "Teoría de las normas. Fundamentos de la Dogmática Penal Moderna". Depalma. Buenos Aires. Argentina. 1977.
-  LANGLE Emilio "La Teoría de la Política Criminal". Reus. Madrid. España. 1927.
-  LARRAURI PIOJAN Elena "Fundamentos de Política Criminal" en Ciencias Penales. Monografías. Consejo Nacional de la Judicatura. Escuela de Capacitación Judicial. San Salvador. El Salvador. 2001.
-  LARRAURI PIOJAN Elena "Consideraciones sobre Política Criminal". Comisión Coordinadora del Sector Justicia. Unidad Técnica Ejecutiva. San Salvador. El Salvador. 2001.
-  LATAGLIATA A.R. "Contribución al Estudio de la Reincidencia". Abeledo Perrot. Buenos Aires. Argentina. 1963.
-  LISZT Franz von "Tratado de Derecho Penal". Traducido de la 20º edición alemana, por Luis Jiménez de Asúa, con adiciones de Quintiliano Saldaña, Tomo Segundo. Segunda edición. Editorial Reus. Madrid. España. 1926.
-  LUZÓN PEÑA DIEGO MANUEL "Curso de Derecho Penal". Parte General. I Hispamer. Colombia. 1995.
-  MAIER Julio B.J. "Derecho Procesal Penal Argentino". Tomo I. Volumen. B. Fundamentos. Editorial Hammurabi. Buenos Aires. Argentina. 1989.
-  MAURACH Reinhart, ZIPF Heinz "Derecho Penal". Parte General 1, Teoría general del derecho penal y estructura del hecho punible. Traducción de la 7º edición alemana, por Jorge Bofill Genzch y Enrique Aimone Gibson. Editorial Astrea. Buenos Aires. Argentina. 1994.



-  MEZGER Edmund “Modernas Orientaciones de la Dogmática Jurídico-Penal”. Traducción de Francisco Muñoz Conde. Tirant lo Blanch. Valencia. España. 2000.
-  MEZGER Edmund “Derecho Penal”. Parte General. Libro de estudio. Cárdenas editor. México. 1985.
-  MIR PUIG Santiago “Introducción a las Bases del derecho Penal”. Concepto y Método. Reimpresión. Editorial Bosh. Barcelona. España. 1982.
-  MIR PUIG Santiago “Derecho Penal”. Parte General. (Fundamentos y Teoría del Delito). 3º edición corregida y puesta al día. PPU. Barcelona. España. 1990.
-  MIR PUIG Santiago “Derecho Penal”. Parte General. 5 edición. Reppertor S.L. Barcelona. España. 1998.
-  MOCCIA Sergio “De la Tutela de Bienes a la Tutela de Funciones: Entre ilusiones postmodernas y reflujos liberales”. Traducción de Ramón Ragués Valles. en “Política Criminal y Nuevo Derecho Penal”. (Libro Homenaje a Claus Roxin) . José María Bosch Editor. Barcelona. España. 1997.
-  MORA MORA Luis Paulino, NAVARRO SOLANO Sonia “Constitución y Derecho Penal”. Corte Suprema de Justicia. Escuela Judicial. San José. Costa Rica. 1995.
-  MORENO CARRASCO Francisco, RUEDA GARCIA Luis “Código Penal de El Salvador”. Comentado. Justicia de Paz. (CSJ-AECI) San Salvador. El Salvador. 1999.
-  MORENO HERNÁNDEZ Moisés “Dogmática Penal y Política Criminal en “La Ciencia Penal y la Política Criminal en el Umbral del Siglo XXI. Coloquio Internacional. Instituto Nacional de Ciencias Penales. México D.F. 1996.
-  MOYNA MÉNGUEZ José, GÓMEZ GUILLAMON Rogelio, LUZÓN CUESTAS José María, ORTIZ ÚRCULO Juan Cesáreo y TORRES-DULCE LIFANTE Eduardo “Código Penal”. Comentarios y jurisprudencia. Sexta Edición. Colex. Madrid. España. 2001.
-  MUÑOZ CONDE Francisco “El Principio de Culpabilidad” en Terceras Jornadas de Profesores de Derecho Penal. Santiago de Compostela. Universidad Santiago de Compostela. España. 1975.
-  MUÑOZ CONDE Francisco “Introducción al Derecho Penal”. Editorial Bosch. Barcelona. España. 1975.



-  MUÑOZ CONDE Francisco “Teoría General del Delito”. Segunda edición. Tirant lo Blach. Valencia. España. 1991.
-  MUÑOZ CONDE Francisco, GARCIA ARAN Mercedes “Derecho Penal” Parte General, 2º edición, revisada y puesta al día conforme al Código penal de 1995. Tiran lo Blanch. Valencia. España. 1996.
-  NUÑEZ RIVERO Cayetano. Coordinador. BENITEZ GIRALT Rafael, GONZÁLEZ BONILLA Rodolfo Ernesto, MARTÍNEZ RAMOS Jorge Ernesto, PÉREZ CHACÓN José Ángel y MONTECINOS GIRALT Manuel Arturo. “El Estado y la Constitución Salvadoreña”. Corte Suprema de Justicia, Unión Europea. 1º edición. San Salvador. El Salvador. 2000.
-  OSSORIO Manuel “Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales”. Editorial Heliasta. Buenos Aires. Argentina. 1990.
-  PALAZZO Francesco “Estado Constitucional de Derecho y Derecho Penal” traducción de Vanna Andreini en “Teorías Actuales del Derecho Penal”. Editorial AD-HOC. Primera edición. Buenos Aires. Argentina. 1998.
-  PAVÓN VASCONCELOS Francisco “Diccionario de Derecho Penal”. Analítico-Sistemático. Segunda edición. Editorial Porrúa. México. D.F. 1999.
-  PAZ RUBIO José María “El Problema de la Pena y las Medidas Alternativas” en Memorias de la Segunda Conferencia Iberoamericana sobre Reforma de la Justicia Penal. Fase B. Derecho Penal. Tercera entrega. Centro de Investigación y Capacitación del Proyecto de Reforma Judicial. San Salvador. El Salvador. 1992.
-  POLAINO NAVARRETE Miguel “Derecho Penal”. Parte General. Tomo I. Fundamentos Científicos del Derecho Penal. Editorial Bosch. Barcelona. España. 1996.
-  POLAINO NAVARRETE Miguel “Derecho Penal”. Parte General. Tomo II. Teoría jurídica del delito. Volumen I. Editorial Bosch. Barcelona. España. 2000.
-  POLAINO NAVARRETE Miguel “El Injusto Típico en la Teoría del Estado”. MAVE. Corrientes. Argentina. 2000.
-  POLITOFF L. Sergio y MATUS Jean Pierre “Objeto jurídico y Objeto Material en los delitos de Trafico Ilícito de Estupefacientes” en Tratamiento Penal del Trafico Ilícito de Estupefacientes. Estudios de dogmática y jurisprudencia. Coordinadores Sergio Politoff L. y Jean Pierre Matus. Editorial Jurídica Conosur. Santiago de Chile. Chile. 1998.



-  QUINTERO OLIVARES Gonzalo "Derecho Penal". Parte General. Segunda edición corregida, aumentada y puesta al día. Marcial Pons editor. Barcelona. España. 1989.
-  REALE Miguel "Introducción al Derecho". Traducción de Jaime Brufan Prats. Novena edición. Editorial Pirámide. Madrid. España. 1989.
-  ROXIN Claus "La Culpabilidad como Criterio Limitativo de la Pena" en Revista de Ciencias Penales de Chile. Tomo 32, enero-abril, 1973. Ediciones Encina-Ltda. Santiago de Chile. 1973.
-  ROXIN Claus "Franz Von Liszt y la Concepción Político Criminal del Proyecto Alternativo" en Problemas Básicos del Derecho Penal. Traducción de Diego-Manuel Luzón Peña. Editorial Reus. Madrid. España. 1976.
-  ROXIN Claus "Iniciación al Derecho Penal de Hoy. Publicaciones de la Universidad de Sevilla. España. 1981.
-  ROXIN Claus "Culpabilidad y prevención en el Derecho Penal". Traducción de Francisco Muñoz Conde. Reus. Madrid. España. 1981.
-  ROXIN Claus "El Desarrollo de la Política Criminal desde el Proyecto Alternativo". Traducción de J. Queralt en "Política Criminal y Reforma del Derecho Penal". Santiago Mir Puig. Compilador. Temis. Bogotá. Colombia. 1982.
-  ROXIN Claus "Derecho Penal" Parte General. Tomo I. Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito. Traducción de la 2ª edición alemana por Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal. Civitas. Madrid. España. 1997.
-  ROXIN Claus "Política Criminal y Sistema de del Derecho Penal". 2ª edición. Traducción de Francisco Muñoz Conde. Editorial Hammurabi. Buenos Aires. Argentina. 2000.
-  ROXIN Claus "La Evolución de la Política Criminal, El Derecho Penal y el Proceso Penal". Traducción de Carmen Gómez Rivero y María Del Carmen García Cantizano. Tirant Lo Blach. Valencia. España. 2000.
-  RUDOLPHI Hans Hoachim "Los Diferentes Aspectos del Concepto de Bien Jurídico" en Nuevo Pensamiento Penal. Revista de Derecho y Ciencias Penales. Año 4, N° 5 a 8, 1975. De Palma. Buenos Aires. Argentina. 1975.
-  SANCHEZ ESCOBAR Carlos Ernesto "El Principio de Culpabilidad Penal". en Revista Justicia de Paz. N° 10. Año IV- Volumen III. Septiembre-Diciembre. 2001. CSJ-ABCI. San Salvador. El Salvador. 2001.



-  SANCHEZ ROMERO Cecilia “Derecho Penal”. Parte General. Doctrina y Jurisprudencia. 1° edición. Editorial Jurídica Continental. San José. Costa Rica. 2000.
-  SCHÜNEMANN Bern “La Política Criminal y el Sistema de Derecho Penal”. Traducción de Margarita Martínez Escamilla en Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales. Madrid. España. 1991.
-  SERRANO-PIEDECASAS FERNÁNDEZ José Ramón “Conocimiento Científico y Fundamentos del Derecho penal”. Gráfica Horizontes. Lima. Perú. 1999.
-  SILVA SÁNCHEZ Jesús María “Política Criminal en la Dogmática: Algunas cuestiones sobre su contenido y límites” en Política Criminal y Nuevo Derecho Penal (Libro Homenaje a Claus Roxin) José M. Bosch Editor. Barcelona. España. 1997.
-  SILVA SÁNCHEZ Jesús-María “Política Criminal y Persona”. Editorial AD-HOC. Buenos Aires. Argentina. 2000.
-  SOLER Sebastián “Derecho Penal Argentino” Tomo I. 5° edición de la Parte General. Actualizada por Guillermo J. Fierro. Tipografía Editora Argentina. Buenos Aires. Argentina. 1988.
-  SOLER Sebastián “Derecho Penal Argentino”. Tomo II. Tipografía Editora Argentina. Buenos Aires. Argentina. 1989.
-  SOTOMAYOR ACOSTA Juan Oberto “Consideraciones sobre el Principio de Culpabilidad y la Responsabilidad Penal del Inimputable”. en Memorias de la Segunda Conferencia Iberoamericana sobre Reforma de la Justicia Penal. Fase B. Derecho Penal. Tercera entrega. Centro de Investigación y Capacitación del Proyecto de Reforma Judicial. San Salvador. El Salvador. 1992.
-  SOTOMAYOR Juan Oberto “Medidas de Seguridad y Garantías Individuales” en Actualidad. Revista Jurídica. Año I n° 1. Unidad Técnica Ejecutiva. San Salvador. El Salvador. 1996.
-  SOTOMAYOR A. Juan Oberto. “Inimputabilidad y Sistema Penal”. Editorial Temis. Santa Fe de Bogotá. Colombia. 1996.
-  SQUELLA Agustín “La Concepción de la equidad en Aristóteles” en “Dos Concepciones de la Equidad”. Valparaíso. Chile. 1981.
-  SQUELLA Agustín “El pensamiento Jurídico y Político de Alf Ross” en “Palabras sobre Alf Ross”. Editorial Edeval. Valparaíso. Chile. 1986.



-  STRATENWERTH Günter "Derecho Penal". Parte General I. El Hecho Punible. Traducción de la segunda edición alemana (1976) por Gladys Romero. EDERSA. Madrid. España. 1982.
-  SUAREZ SÁNCHEZ Alberto "El Debido Proceso Penal". Universidad Externado de Colombia. Bogotá. Colombia. 1998.
-  TERRADILLOS BASOCO Juan "Delitos relativos a la protección del patrimonio histórico y del medio ambiente" en "Derecho Penal del Medio Ambiente". Editorial Trotta. Madrid. España. 1997.
-  TERRADILLOS BASOCO Juan María "Teoría Jurídica del Delito" en Ciencias Penales Monografías. Consejo Nacional de la Judicatura/Escuela de Capacitación Judicial. 1edición. San Salvador. El Salvador. 2001.
-  TINETTI José Albino, BERTRAND GALINDO Francisco, KURI DE MENDOZA Silvia Lizette y ORELLANA María Elena "Manual de Derecho Constitucional" Tomo II. Centro de Investigación y Capacitación. Proyecto de Reforma Judicial. 1º edición. San Salvador. El Salvador. 1992.
-  TINETTI José Albino, SORIANO RODRÍGUEZ Salvador Héctor, SALAZAR TORRES Godofredo, MARROQUÍN GALO Fernando, JOSA María Antonieta, CRUZ AZUCENA José Manuel en "Ensayos N° 1". Tres Temas fundamentales sobre la Fase Inicial del Proceso Penal. Consejo Nacional de la Judicatura. Escuela de Capacitación Judicial. 1edición. San Salvador. El Salvador. 1999.
-  TOCORA Fernando "Política criminal en América Latina". Ediciones Librería del Profesional. Primera edición. Bogotá. Colombia. 1990.
-  TORRE Abelardo "Introducción al Derecho". Duodécima edición actualizada. Abeledo Perrot. Buenos Aires. Argentina. 1999.
-  TREJO Miguel Alberto, SERRANO Armando Antonio, FUENTES DE PAZ Ana Lucila, RODRIGUEZ CRUZ Delmer Edmundo y CORTEZ DE ALVARENGA Alba Evelyn "Manual de Derecho Penal". Parte General. Centro de Investigación y Capacitación. Proyecto de Reforma Judicial. San Salvador. El Salvador. 1º edición. 1992.
-  VALENCIA RESTREPO Hernán "Nomoárquica, Principialística Jurídica o los Principios Generales del Derecho". Editorial Temis. Santa fé de Bogotá. Colombia. 1993.
-  VELASQUEZ V. Fernando "La Culpabilidad y el Principio de Culpabilidad". Revista de Derecho y Ciencias Políticas. Volumen 50. Año 1993. Universidad Nacional de San Marcos. Lima. Perú. 1993.



- VELÁSQUEZ V. Fernando "Derecho Penal". Parte General. Tercera edición. Editorial. Temis. Santa Fe de Bogotá. Colombia. 1997.
- VILLAVICENCIO TERREROS Felipe "Derecho Penal de los Derechos Humanos" en "Justicia para todos". Jaime Martínez Ventura. Compilador. FESPAD Ediciones. Primera edición. San Salvador. El Salvador. 1997.
- VIVES ANTON Tomas S. "Fundamentos del Sistema Penal". Tirant lo Blanch. Valencia. España. 1996.
- WELZEL Hans "El nuevo Sistema del Derecho Penal". Una introducción a la doctrina de la acción finalista. Versión Castellana de José Cerezo Mir. Ediciones Ariel. Barcelona. España. 1964.
- WELZEL Hans "Derecho Penal Alemán". Parte General. 11° edición alemana. 4° edición castellana. Traducción de Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez Pérez. Editorial Jurídica de Chile. Santiago de Chile. Chile. 1993.
- ZAFFARONI Eugenio Raúl "Sistemas Penales y Derechos Humanos en América Latina. De Palma. Buenos Aires. Argentina. 1981.
- ZAFFARONI Eugenio Raúl "Manual de Derecho Penal". Parte General. Primera Reimpresión. Cárdenas Editor. México D. F. 1991.
- ZAFFARONI Eugenio Raúl "Reincidencia: Un concepto de derecho penal autoritario" en Derechos Fundamentales y Justicia Penal. Edmundo Vásquez Martínez. Comp. Editorial Juriscentro. San José. Costa Rica. 1992.
- ZAFFARONI Eugenio Raúl "Tratado de Derecho Penal". Parte General. Tomo I. EDIAR. Buenos Aires. Argentina. 1995.
- ZIPF Heinz "Introducción a la Política Criminal". traducción de Miguel Izquierdo Macías-Picavea. Edersa. Madrid. España. 1979.
- ZUGALDIA ESPINAR José Miguel "Fundamentos de Derecho Penal". Parte general. Las teorías de la pena y de la ley penal. Universidad de Granada. España. 1990.

JURISPRUDENCIA.

1. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA Sentencia de Inconstitucionalidad de los Artículos 2 inciso 2° y 4°, 4, 6, 12, 14 inciso 1°, 15 y 22 de la Ley Transitoria de Emergencia contra la Delincuencia y el Crimen Organizado. Publicaciones Especiales N° 23 de la Corte Suprema de Justicia. San Salvador. El Salvador. 1997.



2. DIARIO OFICIAL Tomo Número 317 del 21 de Diciembre de 1992, Documentos Oficiales, San Salvador, El Salvador 1992. "Sentencia de Inconstitucionalidad de los procesos números 3/92-6/92 de la Ley de Impuesto a la Transferencia de Bienes Muebles y a la Prestación de Servicios".

3. Sentencia de Inconstitucionalidad de los procesos 4-88; 1-96 acumulados sobre el Decreto-Ley N° 296 emitido por la junta Revolucionaria de Gobierno. Pronunciada por la Sala de lo Constitucional el veinte de junio de mil novecientos noventa y nueve. (referencia: IS00488.99ac. IS00196.99) en Corte Suprema de Justicia. Revista de Derecho Constitucional N° 31 Tomo I Abril-Junio 1999. San Salvador. El Salvador. 1999.



EL DERECHO PENAL EN SENTIDO OBJETIVO

Gerardo Napoleón Cisneros Jovel*.

SUMARIO: I. Definición de Derecho Penal Objetivo. La Denominación de Derecho Penal ;Las Medidas de Seguridad; La Responsabilidad Civil. II La Estructura de la Norma Penal. Normas Primarias y Secundarias; Norma de Mandato o de Prohibición; Las Normas Penales son Normas de Valoración o Normas de Determinación; Leyes Penales Incompletas y Leyes Penales en Blanco. III Función del Derecho Penal. Función de Protección; Función Motivadora; Función de Control Social. IV. Los Elementos de la Norma Penal; El delito; Las Penas; Las Medidas de Seguridad; Las Consecuencias Accesorias.

I. DEFINICIÓN DE DERECHO PENAL.

Tradicionalmente con la expresión “Derecho Penal” se hace referencia al Derecho Penal en sentido Objetivo o *ius poenale*, contrario al *ius puniendi* o derecho a castigar entendido como derecho penal en sentido subjetivo.²⁷⁵ Y el clásico Von Liszt lo definía como : conjunto de reglas jurídicas establecidas por el Estado, que asocian el crimen, como hecho, a la pena como legítima consecuencia²⁷⁶. Estas definiciones aparentemente pacíficas no son de esa manera, puesto que en ellas subyace discusiones tales como, es apropiada la definición de derecho penal o debe usarse una más acorde como derecho criminal; ¿Incluye el derecho penal las medidas de seguridad predelictuales y postdelictuales? ¿Cuál es su naturaleza penal o administrativa? ¿La responsabilidad civil derivada del delito es penal o meramente civil? En esta primera parte trataré de revisar las cuestiones antes planteadas desde la perspectiva del derecho salvadoreño, apoyándome en las calificadas opiniones de reconocidos tratadistas extranjeros y nacionales.

La denominación derecho penal.

La actual denominación de nuestra ciencia como derecho penal, no ha sido siempre ésta, anteriormente a la vigencia del actual código y al código penal de 1973 existió el llamado código de instrucción criminal, ¿qué fue lo que impulso el cambio de

* Abogado de la República, coordinador del área de Derecho Penal de la Escuela de Capacitación Judicial del CNJ.

275 SERRANO-PIEDECASAS FERNÁNDEZ, José Ramón, “Conocimiento Científico y Fundamentos del Derecho Penal”. Lima Perú 1999, p. 19.

276 OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, Emilio, “Sobre el Concepto del Derecho Penal”, Sección Publicaciones de la Facultad de Derecho Universidad de Madrid, 1981, p. 33.

nombre, implica algo más que un cambio de etiquetas. La doctrina actual admite casi unánimemente la denominación derecho penal en contraposición al derecho criminal ello debido a que el elemento más característico del mismo es la pena, que a pesar de existir en la actualidad diferentes tipos de sanciones la pena es la mas común de ellas, aún incluso de existir en el derecho penal las medidas de seguridad. Es por ello que la denominación derecho penal es la mas adecuada a la ciencia que estamos estudiando, ello aunado a la imprecisión del término Criminal, que a su favor posee el argumento de sus seguidores de establecer que el mismo engloba tanto las penas como las medidas de seguridad.

Las medidas de seguridad.

Se conocen dos clases de ellas, las predelictuales y las postdelictuales, se afirma que su fundamento es el juicio de previsibilidad que opera sobre el individuo de su tendencia a delinquir a futuro, las predelictuales se imponen al sujeto aún cuando éste no ha delinquido, por el contrario las postdelictuales se le imponen una vez que ha delinquido, ejemplo claro de las primeras fue en El Salvador la Ley de Policía y la Ley del Estado Peligroso ambas derogadas, leyes que por lo demás tenían serias críticas sobre su constitucionalidad ya que no tenían fundamento ni en la comisión de un injusto penal ni uno de carácter administrativo, de las segundas se discute en la actualidad su naturaleza administrativa o penal, considero que en un Estado Constitucional y Democrático no puede existir una sanción, y menos penal, si el sujeto no ha externado ninguna conducta, si sólo para imponerla el Estado se basa en un muy subjetivo juicio de probabilidad delictiva a futuro, sin ninguna otra base que el delito cometido, por el cual ya se le esta imponiendo una sanción o pena, por ello considero que la existencia de medidas de seguridad postdelictuales sólo tiene sentido cuando están íntimamente vinculadas a la comisión de un injusto y al sujeto no le es imposible en razón de su personalidad una pena, por ello considero las naturaleza de las medidas postdelictuales como de naturaleza penal.

Es por lo anterior que en nuestro país no tiene fundamento la discusión sobre las medidas predelictuales, ya que en la actualidad no hay una ley vigente que contemple esa clase de medidas. Y ha quedado claro la naturaleza penal en nuestro sistema de las medidas de seguridad postdelictuales.

La Responsabilidad Civil.

En la actualidad es también punto de debate la naturaleza civil o penal de la responsabilidad civil derivada de la comisión del injusto que nuestro código contempla en el título VI partir del artículo 114, es debatida pues si dentro del concepto de derecho penal se debe incluir también la antes referida Responsabilidad Civil. El autor Octavio de Toledo refiere dos argumentos de los que están a favor de la naturaleza penal de la responsabilidad civil y los señala: en primer lugar la regulación de la misma en el código penal y en segundo término que la acción civil *ex delicto* presupone el



delito y, por eso, no puede menos de estar ligada a la acción penal²⁷⁷. Existe además una posición intermedia que expresa que la naturaleza de la responsabilidad civil dependerá desde el punto de abordaje de la misma que se siga, así, si el punto de vista es el meramente conceptual su naturaleza será civil, pero si se aborda desde una perspectiva político criminal su naturaleza será penal, en esta línea Mir Puig expresa que desde la perspectiva político criminal es más ventajoso incluir en el derecho penal la responsabilidad civil ello debido a que la lucha contra el delito se acometerá más racionalmente si se regulan con criterio unitario, como diversos medios a utilizar, las distintas consecuencias del mismo, que no son respuestas totalmente independientes unas de otras²⁷⁸. Para dilucidar tal punto, es necesario entender cual es la fuente generadora de la responsabilidad o reparación, si es el delito o el daño. Primero: el delito entendido como la acción típica, antijurídica y culpable es la generadora de la responsabilidad civil no es tan cierto ya que pueden existir casos en que el hecho sea injusto (en el sentido de Típico y antijurídico) mas a su autor no se le puede encontrar culpable (en el sentido de la categoría del delito de la culpabilidad) ya sea porque es un inimputable, porque actuó con error de prohibición invencible, con miedo insuperable, etc. y ya por ello no existe delito, sin embargo sí existe responsabilidad civil derivada del injusto, entonces vemos que la obligación de la reparación civil nace, no del delito, sino de un perjuicio o daño, siendo por ello su naturaleza civil y no penal. Es por ello que el Doctor Serrano Piedecosas expresa: " El delito no es el fundamento de la responsabilidad, sino que lo es el daño ocasionado. El hecho que el juez de lo penal pueda resolver sobre esta clase de responsabilidades obedece a razones de índole procesal, que buscan resolverlo todo en un único juicio..."^{279 280}

El artículo 114 expresa que la ejecución de un hecho descrito por la ley como delito o falta, origina obligación civil en los términos previstos en este Código, pero como ya hemos dicho no es precisamente la acción típicamente antijurídica y culpable la que determina la responsabilidad penal, ello lo confirma los números 1,2 y 3 del artículo 117, en ellos se hace referencia que en los casos de estado de necesidad, causas de inimputabilidad y no exigibilidad de otra conducta en los cuales no hay responsabilidad penal si habrá responsabilidad civil, ello así a pesar de no existir un delito en el sentido antes referido, por ello la responsabilidad civil no se deriva de él sino como ya se ha afirmado el daño causado, es así que la afirmación contenida en el Art. 114 se debe matizar.

Por todas las consideraciones antes expresadas es que entenderemos al Derecho Penal como: un conjunto de normas jurídicas que asocian a la realización de un delito

277 DE TOLEDO Y UBIETO, Emilio Octavio, Ob. Cit. P. 61.

278 MIR PUIG, Santiago, Introducción a las bases del derecho penal, Ed. Bosch, reimpresión, Barcelona, España 1982, p. 29.

279 SERRANO PIEDECASAS FERNÁNDEZ, José Ramón, en Ob. Cit. P. 21.

280 A la misma conclusión llega Octavio de Toledo en Ob. Cit.

como presupuesto, la aplicación de penas y/o medidas de seguridad, como principales consecuencias²⁸¹.

II LA ESTRUCTURA DE LA NORMA PENAL.

Normas Primarias y Secundarias:

Usualmente se distingue entre norma primaria y norma secundaria. La primera hace referencia al mandato o prohibición dirigido al ciudadano y la segunda va dirigida al juez indicándole la sanción que deberá imponer a quien incumpla el mandato o prohibición a que hace referencia la norma primaria. La norma secundaria es extraída de los concretos tipos penales de la parte especial del Código Penal y algunas disposiciones de la Parte General, debido a que como se vio su esencia es la sancionatoria y son de naturaleza imperativa reforzando la tarea de las normas primarias.²⁸²

El problema se presenta con la norma primaria, la que va dirigida al ciudadano, ya que ésta no aparece con tanta claridad como la norma secundaria y de ello se desprende la discusión de si las normas penales van dirigidas exclusivamente al juez o también al ciudadano. Lo anterior porque la norma no está redactada de la manera siguiente: "esta prohibido matar" sino que se redacta haciendo referencia únicamente al precepto sancionatorio " el que matare a otro será sancionado con..." y como arriba referíamos que la esencia de la norma secundaria era la sanción nos damos cuenta que solo se redacta la sanción y no la prohibición o el mandato, por lo que la existencia de las normas primarias se desprendería de la norma secundaria, el legislador fácilmente podría haber redactado la norma de manera más comprensible para el ciudadano, pero se considera que tal forma de redacción sería difícil y no correcta, ya que es suficiente con la redacción de la norma secundaria pues de ésta directamente es que se deduce la norma primaria y no como Binding y Mayer entendían en su tiempo que éstas normas eran anteriores a la ley penal o que no eran normas jurídicas sino normas sociales o normas culturales, teorías que en la actualidad son rechazadas unánimemente por la doctrina.

Normas de mandato o de prohibición.

Normalmente las normas penales están obligando al ciudadano a hacer algo que está mandado, ejemplo de ello son los delitos omisivos, donde la infracción a la norma se da en la realización de la conducta esperada o mandada, o ha dejar de hacer algo que está prohibido, como los delitos comisivos. Las primeras son normas de mandato y las segundas son normas de prohibición.

281 MUÑOZ CONDE, GARCÍA ARÁN, citados por Serrano Piedecosas en Ob. Cit. P. 21.

282 SERRANO PIEDECASAS FERNÁNDEZ, Ob. Cit. P. 24.



Especial problema representa la naturaleza que les otorguemos a las causas de justificación, si como preceptos permisivos del caso concreto o como elementos negativos integrantes del tipo penal. Ello debido a que si entendemos que la norma penal está tratando de motivar con su conocimiento a los ciudadanos, norma primaria, ellas van dirigidas a la generalidad expresando que está prohibido matar, pero resulta que en determinados casos, causas de justificación, esa afirmación general no es verdadera por tanto si está permitido matar, ello en la concepción finalista, puesto que entienden a las causas de justificación como normas permisivas en casos concretos, de ello se deriva una contradicción evidente, no puede la norma predicar para la generalidad la prohibición o mandato de una conducta y por otro lado, en caso concreto, permitir lo que para la generalidad está prohibido, aun si entendemos que el precepto permisivo es independiente y persigue sus propios fines. Esto es así, no se puede prohibir en abstracto y permitir en caso concreto ya que las acciones de los ciudadanos son concretas.

En contraposición a lo que afirman los finalistas está la doctrina de los elementos negativos del tipo que entiende a éstos no como preceptos independientes y permisivos sino incluidos dentro de la tipicidad como elementos negativos del tipo, de esta manera existiría en el tipo penal un tipo positivo integrado por el tipo objetivo y el tipo subjetivo, que se deberá acreditar positivamente, esto es comprobando que se han realizado, y por otro lado un tipo negativo, integrado por las causas de justificación, donde lo que se debe acreditar es su no presencia para la afirmación de la tipicidad de la conducta, por ello son elementos negativos del tipo. Si de esta manera entendemos las causas de justificación habrá que decir que no son preceptos permisivos independientes sino que ya están integrados en la norma primaria la cual se entendería en el ejemplo del homicidio como que está prohibido matar a otro siempre y cuando no sea en legítima defensa. De esta forma la Norma primaria quedaría integrada tanto por la prohibición de la conducta tanto en sus elementos positivos como negativos.

Las normas penales son normas de valoración o son normas de determinación.

Otra de las discusiones doctrinales que están en la base de la estructura del derecho penal es el cómo entender precisamente las normas penales, si como normas de valoración o como normas de determinación, para su análisis nos auxiliaremos de las respectivas definiciones que de ellas da Stratenwerth, así: las normas de valoración son aquellas que contienen la descripción objetiva del ilícito y su objeto tiene que ser la acción u omisión que se presenta como lesión al bien jurídico; por otro lado las normas de determinación serían normas de valoración estructuradas en forma de imperativo, constituyen las directrices que surgen del carácter de ilícito de las conductas, fijado por la norma de valoración y por tanto ellas presuponen las normas de valoración²⁸³. Es así

283 STRATENWERTH, Günter, "Acción y Resultado en Derecho Penal", ED. Hammurabi, Buenos Aires Argentina, 1991. p. 46.

que podemos decir que norma de valoración son las normas en concreto: “el que matare a otro” y norma de determinación sería la prohibición que del anterior afirmación se desprende “está prohibido matar”. La discusión se centra pues en que si las normas penales son solamente descripción de conductas y de resultados que en ellas se encuentran Ej. Muerte, o si son normas de determinación donde su esencia es la comprensión y motivación del ciudadano de la prohibición que ellas contienen, de ello se desprende el analizar si el derecho penal solo prohíbe acciones finales peligrosas para bienes jurídicos (desvalor de acción) o también resultados dañinos (desvalor de resultado). Sería interesante podernos extender sobre el presente pero requeriría más espacio del disponible y desbordaría la naturaleza del presente trabajo, por ello para una conclusión clara de la polémica que he referido antes cito expresamente a Serrano Piedecasas: “ La norma penal, como cualquier otra, es tanto norma de determinación como norma de valoración, pues aquella se basa en ésta, en valoraciones positivas y negativas; lo cual no impide reconocer a las mismas un contenido predominantemente imperativo. Ahora bien, el injusto sólo puede ser el comportamiento capaz de producir el resultado. Por eso, la exteriorización de una voluntad contraria al imperativo de la norma no basta para caracterizar de antijurídica una conducta, se requiere además la materialización de la lesión del bien jurídico”²⁸⁴ .

Leyes penales incompletas y leyes penales en blanco.

1. Leyes penales incompletas:

Como se afirmado tradicionalmente se entiende que una norma penal está completa cuando en ella aparecen el supuesto de hecho y la consecuencia jurídica, pero, por lo general la expresión competa del contenido de esta estructura no se corresponde con los concretos artículos de las leyes penales²⁸⁵ . Ello es por cuanto si entendemos que el precepto penal de la parte especial para sacar todas su alcance lo tenemos que poner en relación de uno o varios preceptos de los contenidos en la parte general, por ejemplo un delito de robo en que participan varias personas y son detenidos en el momento de cometerlo, debemos decir que efectivamente existe un robo agravado del contemplado en al artículo 213, pero para el carácter de completo de ella debemos relacionarla con el artículo de la tentativa y con los correspondientes artículos sobre autoría y participación de la parte general. Lo anterior es así, mencionan algunos tratadistas, porque no es lo mismo norma penal, que consiste en toda la norma primaria, y ley penal o artículo concreto, todos afirman que efectivamente para obtener completa la norma es preciso poner en juego varias disposiciones de la ley. Un intento de integrar estos lo constituye la Teoría de los Elementos Negativos del Tipo que afirma que para tener completa la tipicidad hay que agregar las causas de justificación como

284 SERRANO PIEDECASAS FERNÁNDEZ, José Ramón, en Ob. Cit. Pág. 39.

285 MIR PUIG, Santiago, Ob. Cit. p. 40.



un elemento de carácter negativo, en el que se debe acreditar su no presencia en la acción concreta. Aun así no podemos afirmar que la norma esté completa porque faltaría incorporar elementos de la culpabilidad y de los dispositivos amplificadores del tipo. Mir Puig afirma que la razón por la cual el legislador penal ha elegido la vía de la escisión de las normas jurídico-penales en distintas proposiciones legales, en lugar de hacer corresponder éstas con normas completas se trata de un procedimiento que obedece a conveniencias de economía legislativa.²⁸⁶

2. Las Leyes Penales en Blanco.

Existen también leyes penales incompletas en cuanto no a su estructura sino en cuanto a su contenido, ya que en ellas no se encuentra completo el supuesto de hecho o la consecuencia jurídica y debe remitir a otro cuerpo legal para rellenar el vacío que en ella se evidencia, se conocen como leyes penales en blanco. Mir Puig hace la siguiente clasificación:

2.1) Leyes penales en blanco en estricto sentido, son aquellas en las que el complemento se encuentra en una fuente distinta y de rango inferior, ejemplo de ello es el artículo 272 de Tráfico de Productos Químicos y Sustancias Nocivas : “ el que hallándose autorizado para el tráfico de sustancias nocivas o productos químicos y farmacéuticos o de cualquier otra sustancia análoga, que pusiere en grave peligro la salud pública, los despachare o suministrarle sin cumplir con las formalidades de seguridad previstas en las leyes y reglamentos respectivos, será...”. como vemos para conocer el alcance del tipo penal tenemos que revisar otra ley o reglamentos que versen sobre seguridad de sustancias peligrosas.

2.2) Leyes Penales en blanco cuyo complemento está contenido en la misma ley, ejemplo: el delito de robo agravado del artículo 213 que expresa: “ La pena de prisión será de ocho a doce años, si el hecho se cometiere: ...”, este artículo agrava la penalidad y describe las agravantes pero no expresa el tipo base del delito de robo, es decir el supuesto de hecho, por ello se le denomina ley penal en blanco al revés.

2.3) Leyes penales en blanco cuyo complemento se encuentra en una ley del mismo rango jerárquico pero distinta. Ejemplo: el artículo 201 del Incumplimiento de los Deberes de Asistencia Económica, expresa: “ El padre, adoptante o tutor de un menor de dieciocho años o de persona desvalida que deliberadamente omitiere, prestar los medios indispensables de subsistencia a que estuviere obligado, mediando sentencia civil definitiva ejecutoriada, convenio celebrado en la Procuraduría General de la República o fuera de ella, será...”, en el presente artículo los medios indispensables a que está obligado se encuentran en el Código de Familia que es una ley de igual rango que el Código Penal.

286 Ídem, P. 43.

Es discutida que sea realmente una ley penal en blanco cuando la remisión es al mismo cuerpo normativo y algunos entienden por tanto que solo lo es cuando remita a un cuerpo normativo diferente del penal o de inferior rango.

Los problemas con las leyes penales en blanco se suscitan dentro del campo del error y de la retroactividad de la ley.

III. FUNCIÓN DEL DERECHO PENAL.

Función de Protección.

Empezaré transcribiendo un concepto de bien jurídico que en nuestra tradición jurídica es ya un clásico sobre el mismo, la dada por Hormazabal Malaree: “los bienes jurídicos son relaciones sociales concretas de carácter sintético protegidas por la norma penal que nacen de la propia relación social democrática como una superación del proceso dialéctico que tiene lugar en su seno”²⁸⁷. Al derecho penal tradicionalmente se le atribuyen diversas funciones, una de ellas es la llamada función de protección de los bienes jurídicos²⁸⁸. Y es que el derecho penal en definitiva despliega todos sus medios con la intención de salvaguardar algo que la sociedad estima valioso, esto es los bienes jurídicos, concepto que por todo lo demás es un concepto muy discutido, si es de naturaleza jurídica o metajurídica, si existe un concepto unitario o dualista de bien jurídico y quizá las más álgida de todas esas discusiones que precisamente tiene que ver con el acápite de éstas líneas que es cuál es el contenido esencial de aquellas condiciones valiosas que posibilitan el funcionamiento del sistema social²⁸⁹ la protección de bienes jurídicos o el quebrantamiento de la norma.

La primera posición sostenida entre otros por Jakobs²⁹⁰ que entiende que el derecho penal no puede proteger bienes jurídicos sino que su función es mantener la vigencia de la norma penal que ha sido defraudada por el delincuente en la comisión del hecho delictivo, entiende que el fin del derecho penal es pues proteger las expectativas sociales plasmadas en la norma penal que han sido quebrantadas con una acción

287 HORMAZABAL MALAREE, Hernán, “Bien Jurídico y Estado Social y Democrático de Derecho (el objeto protegido por la norma penal)”, ED. PPU, primera edición, Barcelona 1991, P. 152.

288 Así Welzel, Hans, citado por José Cerezo Mir: “la función del derecho penal consiste esencialmente en el fomento del respeto a los bienes jurídicos. Para fomentar el respeto a los bienes jurídicos, el derecho penal ha de tratar de obligar a los ciudadanos en su conciencia, por su contenido valioso, de habituarles a su cumplimiento...” en Curso de Derecho Penal Español, parte general I, Introducción”, ED. Tecnos, 5ª Edición, Madrid 1996. P. 15.

289 SERRANO PIEDECASAS FERNÁNDEZ, José Ramón, Ob. Cit. P40.

290 JAKOBS, Gunter, “Que protege el Derecho penal, bienes jurídicos o la vigencia de la norma”.



contraria al ordenamiento jurídico. La crítica que se hace es que el parámetro para establecer el quebrantamiento de la norma es la dañosidad de la conducta, dañosidad que debe establecerse a partir del consenso social. Esta concepción parte de la sociología funcionalista sostenida por AMELUNG. Sobre el mismo Luzón Peña expresa: "... pero en un sistema liberal y democrático la afirmación, mantenimiento o restablecimiento del orden jurídico no se puede considerar aisladamente como un fin en sí mismo, sino en íntima vinculación con e incluso como medio para la protección de bienes jurídicos concretos de los ciudadanos o de la comunidad".²⁹¹

Los que defienden que la función del derecho penal es la protección de bienes jurídicos lo hacen desde diferentes concepciones entre ellas una de las más destacadas es la concepción del bien jurídico desde la Constitución, ellos entienden que la forma de delimitar el contenido del bien jurídico debe partir desde el texto mismo de la constitución, ya que ella es la expresión normatizada de la voluntad de la sociedad e incorpora todos aquellos intereses superiores dignos de protección y dada la redacción de los textos constitucionales normalmente esos intereses están expresados como programa de desarrollo con lo cual los bienes jurídicos adquieren un carácter dinámico. Es por ello que el derecho penal democrático sólo puede aspirar a proteger esos intereses que han sido consensuados de una manera democrática y estimados como dignos de tal protección, protección que el estado brinda a través del instrumento represor más coercitivo con el que cuenta, como lo es el derecho penal.

Función motivadora.

Al derecho penal se le asigna también la función de motivación o función motivadora, que consiste que por medio del derecho penal concretamente de los preceptos penales, la amenaza de una pena, los ciudadanos se abstengan de delinquir al asociar al cometimiento de un hecho su correlativa sanción, la pena, es decir que el derecho penal pretende incidir en el comportamiento de los miembros de la sociedad orientando sus conductas a no lesionar o poner en peligro bienes jurídicos protegidos, tiene por tanto la función de ser un disuasorio de conductas desvaloradas. Este cometido del derecho penal lo lleva a cabo mediante la pena, es por ello que de acuerdo a la función que se le otorgue a ésta última será la función que en realidad el derecho penal persigue, porque la pena no es más que el medio con que el derecho penal cuenta para su cometido. A esta función también se le ha denominado función de prevención, que puede ser prevención general y prevención especial. La primera opera coaccionando psicológicamente al individuo mediante la amenaza de la imposición de una pena y la segunda, la prevención especial, la lleva a cabo intentando evitar el cometimiento de futuros delitos por el delincuente en concreto, es decir el sujeto que

291 LUZÓN PEÑA, Diego Manuel, "Estudios Penales", ED. PPU, primera edición, Barcelona 1991, p. 60.

ya ha delinquido, apartándole de la posibilidad de delinquir de nuevo mediante la aplicación de medidas de seguridad. Es de ésta manera que el derecho penal manda un mensaje a la sociedad, el que cometa infracciones a la ley penal será sancionado, con ello logra motivar a sus ciudadanos a no cometer delitos.

Función de Control Social.

Luзón Peña²⁹² agrega una función más al derecho penal, consistente en el control social y afirma que el derecho penal es uno de los mecanismos que tiene la sociedad para reaccionar frente a las conductas disvaliosas de sus ciudadanos tratando de ejercer un control sobre ellos con la coerción que antes se ha explicado y por medio de mecanismos concretos como la cárcel, afirma que la noción de control social es de origen sociológico que alude a los medios empleados por instancias autorizadas para asegurar la conformidad frente a normas formales o sociales de comportamiento.

IV. LOS ELEMENTOS DE LA NORMA PENAL.

En el nivel más general podemos decir que a la norma jurídico-penal la componen dos proposiciones básicas, el supuesto de hecho y la consecuencia jurídica, ambas son proposiciones de deber ser ya que son hipotéticas y de futuro²⁹³, y están redactadas de la siguiente manera: si sucede tal evento, se darán tales consecuencias. En el esquema expresado la primera proposición, si sucede tal evento, sería la norma primaria, y la consecuencia jurídica, se darán tales consecuencias, es la norma secundaria.

El delito.

Uno de los presupuestos que ha de darse para que la norma penal este integrada, es la descripción que de la conducta prohibida hace la ley, esa conducta prohibida debe ser típicamente antijurídica, es decir, de ella se debe predicar que realiza los elementos, tanto descriptivos como normativos del tipo, por tanto que es típica y además la de ser contraria al ordenamiento jurídico, poniendo en peligro o lesionando algún bien jurídico de los tutelados. Pero cómo diferenciamos el delito como norma jurídico-penal de otra norma del ordenamiento jurídico, si efectivamente dichas normas son precisamente descripciones de conductas a las que también se asocia una consecuencia que por lo demás lo único de diferencia que tiene con la pena o con la medida de seguridad es su grado de afección a quien se le impone. Tampoco podemos afirmar que la diferencia gravita en lo relacionado al bien jurídico ya que esas otras normas también están protegiendo intereses valiosos de la sociedad. En que se encuentra pues, la diferencia entre la norma jurídico-penal y las demás normas, pues la dife-

292 LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel, Ob. Cit. P. 62-65.

293 Ídem, p.22.



rencia se encuentra en que las normas penales protegen los bienes jurídicos de los ataques para ellos, pero solamente de aquellos que revisten una especial gravedad, por ello en las normas jurídico-penales se describirán conductas que consisten en ataques graves a bienes jurídicos.

Las penas.

La segunda parte de ese binomio que integra la norma penal, norma secundaria dirigida al juez podemos definirla como : “ el medio tradicional y más importante, dada su gravedad, de los que utiliza el derecho penal...constituye, por la gravedad de su contenido, el recurso de mayor severidad que puede utilizar el Estado para asegurar la convivencia y consiste en una privación de bienes jurídicos prevista en la ley que se impone por los órganos jurisdiccionales competentes al responsable de un hecho delictivo”.²⁹⁴

Las medidas de seguridad.

Ellas son también normas secundaria, van dirigidas al juez y son también una sanción, diferente de la pena en cuanto su finalidad, porque en cuanto a su esencia son lo mismo, privación de derechos. En nuestro código penal las medidas de seguridad están reguladas a partir del artículo 93, y de conformidad al artículo 94 éstas sólo se impondrán a las personas que estén exentas de responsabilidad según el 27.4, por lo que la imposición de medidas de seguridad en nuestra ley presupone la comisión del injusto penal, son por tanto medidas postdelictuales, que se basan en la peligrosidad objetiva mostrada por el sujeto activo. Podemos decir entonces que nuestro sistema es dualista ya que combina penas y medidas de seguridad.

Las consecuencias accesorias.

Las consecuencias accesorias, junto con las penas y las medidas de seguridad, conforman una tercera categoría de consecuencias derivadas del delito. Su naturaleza jurídica difiere de las penas en que no guardan proporción ni con la gravedad del hecho ni con la culpabilidad del autor, también de las medidas de seguridad puesto que no entran a valorar la peligrosidad objetiva *postdelictum*²⁹⁵. El Código Penal las contempla en el capítulo único titulo VII de las consecuencias accesorias y solamente se consignan dos: la pérdida del producto, de las ganancias y ventajas provenientes del hecho y del comiso.

294 SERRANO PIEDECASAS... Ob. Cit. P. 49.

295 Ídem, p. 52.



Dentro del presente tema resulta interesante que dado el principio de *societas delinquere non potest* muchos Estados han abordado la criminalidad de las personas jurídicas por medio del derecho administrativo sancionador, las medidas de seguridad y además las consecuencias accesorias, de aquí su importancia y posible desarrollo.



II PARTE

TEMAS DE TEORIA JURIDICA DEL DELITO





ASPECTOS GENERALES DE LA TIPICIDAD

José Ricardo Membreño Jiménez*

SUMARIO: I.- Introducción; II.- Relación entre principio de legalidad y tipo penal. III. Funciones del tipo. Especial consideración de los Tipos Abiertos; IV.- Especial consideración a los delitos de peligro y de mera actividad: a) delitos de peligro. b) delitos de actividad. V.- Aspecto Objetivo del tipo: a) Elementos genéricos: Sujeto, verbo rector, nexo causal e imputación objetiva; las teorías de la casualidad. b) Elementos propios: descriptivos, normativos; c) Elementos específicos: medios, momento de la conducta, lugar, objeto de la acción; VI.- Aspecto subjetivo del tipo: a) Dolo, b) Otros elementos subjetivos. Los especiales elementos subjetivos de la autoría. c) Error de tipo.

I.- INTRODUCCIÓN.

Toda la discusión dogmática del delito es bastante controversial. No sólo por la disparidad muchas veces de criterios, si no también por la complejidad que su estudio genera si no se hace un abordaje desde la realidad o al menos desde una visión político criminal. Ese es el planteamiento de este esfuerzo en el que abordamos y analizamos sólo una las categorías que analizan la problemática teórica del delito: La tipicidad.

Se ha sostenido sobre todo desde los aportes de Beling que la tipicidad no es más que la adecuación de la conducta social a la descripción típica de la conducta plasmada en la norma penal (CP o Ley especial, en su caso).

Problemas como la adecuación de la conducta humana a la norma descrita en el CP, para que esta sea típica o la declaratoria de atipicidad por no reunir o faltar algunos de los elementos del tipo ya sea objetivo o subjetivo; la relación de causalidad o imputación objetiva entre la acción y el resultado en el caso de los delitos dolosos de comisión; la posibilidad de que el sujeto activo sea ubicado bajo los presupuestos del error de tipo dejando impune la conducta o declarándola culposa, dependiendo si el error es de carácter vencible o invencible (Art. 28 inciso primero CP); un abordaje periférico de los delitos de peligro en sus vertientes concreto y abstracto, con todas las dificultades dogmáticas que plantean a nivel de adecuación; específicamente en los de

* Q. D. D. G., fue miembro fundador del Centro de Estudios Penales de El Salvador (CEPES). Asistió al Seminario sobre Reforma Judicial en América Latina, celebrado en Santiago de Chile. Autor de Revista "Justicia para Todos", ediciones FESPAD, "Recopilación de Jurisprudencia agrupada Nacional y Extranjera, publicada en el periodico Foro Judicial.

peligro abstracto, en donde la discusión actual se centra por una parte en la similitud entre estos y los delitos de pura actividad y, por otro lado, se discute si en estos casos no es una ampliación de la punibilidad, contrario a garantías materiales del Derecho penal tales como el principio de lesividad del bien jurídico y el principio de mínima intervención del Estado que ven la utilización del Derecho penal como ultima ratio.

Los planteamientos anteriores constituyen en sí los problemas dogmáticos y prácticos a los que nos enfrentamos al abordar la tipicidad como el primer nivel de análisis sistemático de la teoría del delito, el cual no puede abordarse si no hacemos referencia al principio de legalidad como garantía limitadora del poder punitivo del Estado.

II.- RELACIÓN ENTRE PRINCIPIO DE LEGALIDAD Y TIPO PENAL.

La categoría de tipicidad se define como la adecuación, que mediante un juicio (el denominado juicio de tipicidad) se hace de un hecho cometido, a la descripción que de ese hecho se hace en la ley penal²⁹⁶. La definición anterior viene a ser congruente con el principio de legalidad penal “nullum crimen sine lege” postulado básico del Estado de Derecho y cuya indicación es que solo los hechos tipificados en la ley penal como delitos deben ser aceptados como tal.

Esa es la motivación que tiene el legislador para regular el referido principio en el artículo 1 del CCp. “Nadie podrá ser sancionado por una acción u omisión que la ley penal no haya descrito en forma previa, precisa e inequívoca como delito o falta, ni podrá ser sometido a penas o medidas de seguridad que la ley no haya establecido con anterioridad. (...) No podrá configurarse delito o falta, ni imponerse pena o medida de seguridad, por aplicación analógica de la ley penal.”

Lo anterior significa que un hecho sólo puede castigarse si la punibilidad está previamente determinada en la ley, esto significa que por muy grave que parezca una conducta, por mucha dañosidad social que aparente si no está regulada en la ley penal como delito no podrá ser merecedora de pena, con razón Roxin citando a Von Liszt sostiene que el Código penal es la carta magna de los delincuentes a partir del principio “no hay delito sin ley”²⁹⁷.

Principio de tipicidad y principio de legalidad son dos caras de una misma moneda, estableciéndose entre ambos una relación interdependiente en el sentido que el primero (tipicidad) es el que desarrolla en la Teoría del delito el principio de legalidad

296 Ver MUÑOZ CONDE, Francisco: “Teoría general del delito”, Reimpresión, Editorial Temis, Bogotá, Colombia, 1990, p. 39.

297 Ver ROXIN, Klaus: Derecho Penal Parte General Tomo I. Fundamentos de la Estructura de la Teoría del delito. Editorial Civitas Primera Edición, Madrid, España, 1997, p. 138



a partir de un análisis del Tipo Penal²⁹⁸, concepto que introduce en el derecho penal Ernest Beling a principios de 1900 con el afán de descomponer la tipicidad.

III. FUNCIONES DEL TIPO. ESPECIAL CONSIDERACIÓN DE LOS TIPOS ABIERTOS.

Se afirma por algunos autores que el tipo tiene en derecho penal una triple función:

- a) Una función seleccionadora de los comportamientos humanos penalmente relevantes;
- b) Una función de garantía, en la medida que sólo los comportamientos subsumibles en él pueden ser sancionados penalmente; y
- c) Una función motivadora general por cuanto con la descripción de los comportamientos en el tipo penal el legislador indica a los ciudadanos que comportamientos están prohibidos y espera que con la conminación penal contenida en los tipos, los ciudadanos se abstengan de realizar la conducta prohibida, la materia de prohibición²⁹⁹.

Sintetizando lo anterior, a la descripción de la conducta deberá ajustarse un hecho concreto para que se pueda sostener que es típico, esto significa que el hecho social debe subsumirse en el tipo penal que se esté considerando, y entonces diremos que estamos frente al concepto de tipo de la adecuación o tipo sistemático que obviamente se vincula con la función seleccionadora, para diferenciarlo por ejemplo del tipo garantía que de acuerdo al principio de legalidad regulado en el art. 1 del CCp³⁰⁰, tiene todos los elementos que condicionan la aplicación de una pena (función de garantía o garantizadora)³⁰¹, o dicho de otra forma la totalidad de los presupuestos de la punibilidad y que puedan no caer dentro del tipo de la adecuación³⁰², por ejemplo el desistimiento en la tentativa (Art. 26 CCp). Pero también se puede diferenciar del tipo del error que contiene todos los elementos del tipo sistemático que debe alcanzar el dolo³⁰³, o dicho de otra forma que posee todos los elementos integrantes del tipo objetivo que darían lugar a un error de tipo (objeto, sujetos, medios, etc.)

298 TIPO PENAL es según Ernest Beling la descripción de la conducta prohibida por una norma utilizando criterios básicos de interpretación.

299 MUÑOZ CONDE, Francisco: "Teoría...", Ob. Cit., p. 40.-

300 El principio de Legalidad se encuentra regulado en el artículo 1 del Código Penal y dice literalmente: Art. 1 Código Penal "Principio de Legalidad. Nadie podrá ser sancionado por una acción u omisión que la ley penal no haya descrito en forma previa, precisa e inequívoca como delito o falta, ni podrá ser sometido a penas o medidas de seguridad que la ley no haya establecido con anterioridad. ... No podrá configurarse delito o falta, ni imponerse pena o medida de seguridad, por aplicación analógica de la ley penal." Ver Código Penal y Procesal Penal, publicaciones de la Corte Suprema de Justicia, 1998.

301 BACIGALUPO, Enrique: "Lineamientos...", (1978), Ob. Cit., p. 29

302 BACIGALUPO, Enrique: "Lineamientos...", (1978), Ob. Cit., p. 29

303 BACIGALUPO, Enrique: "Lineamientos...", (1978), Ob. Cit., p. 32

Por otra parte es necesario enfatizar que la adecuación típica de una conducta significa sólo contrariedad con la norma, no puede afirmarse que es antijurídica ni mucho menos culpable. La antijuridicidad de una acción típica depende de si se ampara o no en una causa de justificación. La determinación de lo injusto depende entonces de la comprobación de los distintos niveles de valoración: adecuación al tipo³⁰⁴ y antijuridicidad, de allí que se sostenga que la tipicidad es indicio de antijuridicidad³⁰⁴ o que el tipo pueda desempeñar una función indiciaria de la antijuridicidad (*ratio cognoscendi*), pero no se puede identificar con ella (*ratio essendi*)³⁰⁵.

En el tipo de los delitos dolosos el fin del autor coincide con la realización de la conducta contraria a la norma; en este sentido para analizar el tipo de los delitos dolosos de comisión hay que hacerlo desde dos puntos de vista uno objetivo y otro subjetivo.

No puede quedar agotado el tema de la tipicidad sin relación a una peculiar variedad de normas: los tipos abiertos, los cuales son concebidos en la dogmática jurídico-penal como aquellos casos en donde para completar el análisis se requiere de una valoración por parte del juzgador, esto es así dado que para la construcción dogmática de identificar la conducta prohibida hay que acudir a determinadas características de la antijuridicidad o características normativas³⁰⁶. De allí que se consideran tipos abiertos los delitos culposos y los delitos impropios de omisión en el juzgador debe completar el tipo.

304 En sentido contrario los defensores de la teoría de los elementos negativos del tipo sostienen que entre esas dos categorías no hay diferencias valorativas, pues admiten que el tipo estaría compuesto por elementos positivos: acción, relación de causalidad, resultado; pero además por elementos negativos tomando como tales a los presupuestos de una causa de justificación Vbgr. la agresión ilegítima, y la necesidad de la defensa en la legítima defensa; el conflicto de bienes o deberes en el estado de necesidad. Frente a esta situación sostiene Bacigalupo adscribiéndose a la teoría de la acción final de Welzel, que las diferencias prácticas entre ambas posturas se detectan en el ámbito de la teoría del error, sosteniendo que una conducta típica: matar a un hombre tiene un contenido jurídico distinto a una acción jurídicamente neutra. En materia de error se puede diferenciar las acciones jurídicamente ya que no es lo mismo alguien que mata por desconocimiento de lo antijurídico de su acción (un enfermo mental) que el que mata a sabiendas que su conducta es contra la ley pero cree actuar justificadamente. Ver BACIGALUPO, Enrique: “Lineamientos...”, (1978), Ob. Cit., pp. 32 y 33. En el mismo sentido Muñoz Conde señala que en la teoría de los elementos negativos del tipo las causas de justificación excluyentes de la antijuridicidad deben ser consideradas como elementos negativos del tipo, de tal forma que el que mate en legítima defensa ni siquiera realizaría el tipo del delito de homicidio, sino un nada jurídico penal o como dice Welzel su acción sería, desde el punto de vista del derecho penal tan irrelevante como matar una mosca. Ver MUÑOZ CONDE, Francisco: “Teoría...”, Ob. Cit., p. 41.

305 Ver MUÑOZ CONDE, Francisco: “Teoría...”, Ob. Cit., p. 41.
BACIGALUPO, Enrique: “Manual de Derecho Penal”, (Parte General), Segunda reimpresión, Editorial Temis, Santa Fe de Bogotá, Colombia, 1994, p. 90.

306 MUÑOZ CONDE, Francisco: “Teoría...”, Ob. Cit., p. Ob. Cit. p. 42



Por otra parte se sostiene que son tipos abiertos aquellos que están concebidos de tal manera que alcanzan comportamientos que son con mucha frecuencia hechos socialmente adecuados³⁰⁷. La diferencia entre adecuación social y tipos abiertos se fundamenta en que con mucha frecuencia conductas socialmente adecuadas caen bajo las prescripciones de una ley penal.

En los llamados tipos abiertos ocurre que excepcionalmente un comportamiento adecuado al tipo es socialmente no adecuado, por ejemplo el delito de utilización de la imagen o nombre de otro que regula el artículo 190 del CP. establece sanción para las personas que utilicen por cualquier medio la imagen de otra persona sin su consentimiento para fines periodísticos, artísticos, comerciales o publicitarios.

Es común en nuestro medio que para cualquiera de los fines antes descritos se utilicen imágenes de personas a las que no se les ha tomado el consentimiento. No se puede afirmar que de una simple subsunción de la conducta se pueda derivar, como en situaciones normales, indicios de antijuridicidad. En el caso del ejemplo el juez deberá hacer un juicio sobre el carácter reprochable de la acción para poder afirmar la antijuridicidad.

IV.- ESPECIAL CONSIDERACIÓN A LOS DELITOS DE PELIGRO Y DE MERA ACTIVIDAD.

a) Delitos de peligro.

Ha distinguido la teoría, una división en los delitos de peligro: peligro concreto y peligro abstracto. Los delitos de peligro concreto son aquellos en los que el bien jurídico debe haber sufrido un riesgo real de lesión, riesgo o peligro que debe ser constatado para la configuración del hecho, por ejemplo: las amenazas que regula el art. 154 del CP, y delitos de peligro abstracto en los que ese riesgo real no es necesario y únicamente se describe una forma de comportamiento que de acuerdo a la experiencia comporta un peligro para el objeto protegido por ejemplo la infracción de medidas de seguridad e higiene del art. 278 CP.

En los delitos de peligro concreto la comprobación del tipo objetivo no sólo depende de comprobar la acción sino del peligro concreto que sufre el bien jurídico protegido; por el contrario en los delitos de peligro abstracto es suficiente la comprobación de la acción, por esta razón se ha sostenido que los delitos de peligro abstracto no son diferentes de los delitos de mera o pura actividad; en ese sentido la distinción que se ha hecho es superflua a decir de Bacigalupo, ya que sólo interesan los delitos de

307 BACIGALUPO, Enrique: "Manual..." Op. Cit. p. 116

peligro concreto³⁰⁸. El momento en el que debe hacerse el juicio sobre el peligro es el momento en que el autor ha obrado, es decir si el peligro no se concreta en una lesión no hubo peligro, pues el conocimiento ex - post de todas las circunstancias demuestra en esos casos que el bien jurídico no corrió peligro.

b) Delitos de actividad

En los delitos de pura actividad sólo es necesario comprobar la realización de la acción típica prohibida, por ejemplo en el delito de allanamiento de morada sólo se requiere verificar que el autor se ha introducido en la morada contra la voluntad del morador o que permanece de manera indebida en el domicilio ajeno. De la misma manera sucede en aquellos delitos que consisten en la tenencia de objetos prohibidos como en el caso de la tenencia de armas de guerra regulados en el art. 346 del CP.

Tanto en estos delitos como en los delitos de peligro abstracto no es necesario verificar la existencia de un resultado razón por la cual no cabe aquí plantearse la cuestión de la imputación objetiva.

V.- ASPECTO OBJETIVO DEL TIPO:

a) Elementos genéricos.

• El Sujeto activo

Los tipos penales que son consecuencia de una norma general no contienen ninguna referencia al autor³⁰⁹. Estos tipos penales son los que abundan en los catálogos de delitos dado que la mayoría de conductas que se criminalizan pueden ser cometidas por cualquier persona, de ello deriva que en estos tipos penales se utilice una fórmula neutra en donde autor es el que realiza la acción³¹⁰, verbigracia “El que mataré a otro”. Del ejemplo se desprende que la afirmación anterior es válida dado que cualquier persona natural puede quitarle la vida a otra, adecuándose en principio su conducta al delito de Homicidio simple previsto y sancionado en el artículo 128 CP.

Muñoz Conde agrega otra clasificación de los delitos en relación al sujeto, en primer lugar ubica a los delitos plurisubjetivos en los que el tipo exige la concurrencia de varias personas, bien de una manera uniforme para la consecución del mismo objeto (delitos de convergencia: rebelión art. 340 CP., asociaciones ilícitas art. 345 CP), bien autónomamente como partes de una misma relación delictiva o delitos de en-

308 BACIGALUPO, Enrique: “Manual...” Op. Cit. p. 102

309 BACIGALUPO, Enrique: “Manual...” Op. Cit. p. 91

310 BACIGALUPO, Enrique: “Manual...” Op. Cit. p. 91



cuentro como los denomina la doctrina por ejemplo el cohecho del art. 335 CP. De estos delitos hay que distinguir los casos de participación necesaria en los que intervienen también varios sujetos en la realización de la acción, pero uno de ellos permanece impune por ser precisamente el titular del bien jurídico protegido en el tipo como es el caso de la mujer en el estupro (art. 163)³¹¹.

Existen además otros tipos penales que se vinculan con normas especiales y que sólo pueden ser realizados por sujetos específicos, destinatarios del deber que impone la norma especial³¹² por ejemplo: "El juez que a sabiendas dictare resolución contraria a la ley...", será responsable del delito de Prevaricato tipificado en el artículo 310 del CP., estas conductas denominadas delitos especiales propios aparecen en minoría en los códigos penales debido a que los sujetos activos están determinados por características propias de una actividad determinada.

Algo que es necesario aclarar es que al tipo penal no pertenece, sin embargo, el deber que surge de una determinada calificación del autor³¹³ como el caso de los jueces que tienen el deber de dictar resoluciones justas, de no hacerlo caen en la figura del prevaricato. Sólo forman parte tipo penal aquellas circunstancias del autor que determinan el surgimiento del deber, para el caso el carácter de funcionario, es decir, las circunstancias que conforman esta característica de autor: nombramiento, ejercicio del cargo, etc.³¹⁴

En razón a los sujetos que intervienen en el hecho punible, se establece una clasificación de los delitos según sean las características del sujeto activo del delito. En efecto, no todos los delitos pueden ser cometidos por cualquiera que tenga capacidad de acción; hay ciertos delitos que sólo pueden ser cometidos por un número reducido de personas: aquellas que tengan las características especiales del autor requeridas en el tipo penal³¹⁵. A estos delitos que contienen una exigencia específica respecto del sujeto activo del delito, como ya dijimos se les denomina delitos especiales. Los delitos especiales pueden ser propios e impropios³¹⁶.

311 MUÑOZ CONDE, Francisco: "Teoría...", Ob. Cit., p. 47

312 BACIGALUPO, Enrique: "Manual..." Op. Cit. p. 91

313 BACIGALUPO, Enrique: "Manual..." Op. Cit. p. 91

314 BACIGALUPO, Enrique: "Manual..." Op. Cit. p. 91

315 BACIGALUPO, Enrique: "Lineamientos ..., Ob. Cit, 1985, p. 31

316 A estos delitos Muñoz Conde los clasifica en delitos especiales en sentido estricto y delitos especiales en sentido amplio. Los primeros son aquellos que no tienen correspondencia con uno común por ejemplo el prevaricato del art. 310 CCp. En cambio los segundos se corresponden con uno común pero la realización de este por determinadas personas hace que se convierta en tipo autónomo distinto, con punición también distinta tal era el caso del parricidio con relación al homicidio doloso que regulaba el código anterior.

Son delitos especiales propios aquellos que sólo pueden ser cometidos por un número reducido de personas que reúnen características especiales de autor exigida por la descripción del delito y esa característica es el fundamento de la punibilidad, por ejemplo el prevaricato sólo puede ser cometido por jueces, magistrados y árbitros tal es la descripción típica del artículo 310 CP; por otra parte los delitos especiales impropios son aquellos en los que la característica específica del sujeto activo no es el fundamento de la punibilidad, sino que es una circunstancia que sirve para agravar o atenuar la pena según sea el caso. Por ejemplo cualquiera puede cometer un homicidio, pero si este es cometido por un ascendiente, descendiente o cónyuge el delito se agrava por el vínculo parental o afectuoso por ejemplo el homicidio agravado del art. 129 número 1 CP.

Es un tema de discusión el problema de si los elementos que califican al autor en los delitos especiales propios debe o no incluirse en el tipo penal. El problema se plantea en el error sobre el elemento caracterizador, ya que este podría considerarse como un error sobre la existencia de un deber especial que incumbe al autor, y si se incluye en el tipo sería convertir en error de tipo lo que en verdad es un error sobre la existencia del deber o sea un error sobre la antijuridicidad.

Para solventar este problema de acuerdo con Bacigalupo hay que distinguir, como ya antes lo hemos hecho, entre tipo del error y tipo de la adecuación. El tipo de la adecuación contendría los elementos de la autoría (para el caso el deber de actuar), mientras que el tipo del error estaría formado por elementos del tipo objetivo que son relevantes para el error de tipo. De igual manera se pretende distinguir entre el aspecto descriptivo de los elementos de la autoría y el deber que su posesión genera, de tal suerte que el error sobre las cuestiones descriptivas debe regirse por las reglas del error de tipo, en cambio el deber habría que regirse bajo las reglas del error de prohibición³¹⁷, tal es el caso del empleado judicial que sin ser juez dicta una sentencia injusta en un proceso determinado. La consecuencia de la conducta sería de no responsabilidad penal ya que no está obligado por el deber que si obliga al juez a dictar sentencias justas. En este supuesto estaríamos ante un caso de error de prohibición invencible que exime de responsabilidad tal como lo establece el art. 28 inc. final del CP.

Distintos a los delitos especiales se encuentran los delitos de propia mano en los que se requiere o exige la realización de una determinada acción y sólo el que se encuentre en posición de ejecutar inmediata y corporalmente por sí mismo, la acción puede ser sujeto activo por ejemplo el acceso carnal en el delito de violación (art. 158 CP).

317 BACIGALUPO, Enrique: "Lineamientos...", (1978), Ob. Cit., p. 32
BACIGALUPO, Enrique: "Manual..." Op. Cit. p. 91



• Verbo rector.

La función del concepto de acción no es otra que la de establecer el mínimo de elementos que determinan la relevancia de un comportamiento humano para el derecho penal³¹⁸. Lo que se quiere significar al explicar la función de dicho concepto es que para el derecho penal sólo deben ser relevantes las acciones que derivan de un comportamiento humano realizada en el mundo exterior³¹⁹ y que afectan bienes jurídicos penalmente protegidos³²⁰.

Tal función de la acción así planteada afecta tanto el concepto personal de lo ilícito, así como también la idea fundamental del derecho penal de culpabilidad que plantea que objeto de lo ilícito penal sólo puede serlo un comportamiento del que pueda también eventualmente predicarse la culpabilidad del autor, es decir, un comportamiento que puede servir de base a una eventual afirmación de culpabilidad siempre y cuando se den los elementos que la fundamentan³²¹. Desde esa óptica se puede sostener que la "acción es un comportamiento exterior evitable", o dicho de otra manera, "un comportamiento que puede evitarse si el autor se hubiera motivado para hacerlo"³²², esto es que el autor tenga la posibilidad de dirigirlo finalmente hacia donde el quiera. En este sentido la doctrina plantea en cuales supuestos ese comportamiento no puede evitarse desde la perspectiva de la acción, o dicho de otra forma casos en los que hay ausencia o exclusión de la acción: fuerza física irresistible, movimiento corporal reflejo y los casos de inconsciencia absoluta. Cabe destacar que tales causales para la doctrina dominante no son absolutamente irrelevantes, ya que es necesario verificar si la acción inmediatamente anterior podría ser evitable y por tanto ser relevante para el derecho penal. Por ejemplo: la madre que pone a su niño a dormir al lado de ella y dormida lo ahoga es relevante para el derecho penal en tanto que el comportamiento de poner el niño a su lado podría ser evitable, diferente sería si el niño ha sido colocado al lado de la madre por un tercero estando esta dormida. En este caso la tipicidad de la conducta estaría fundamentada por la acción del tercero.

Por último es necesario señalar que la circunstancia de que entre las llamadas causas de exclusión de la acción y las causas de exclusión de la capacidad de culpabilidad haya sólo una diferencia de grado o de intensidad, hace suponer que la teoría de la acción está estrechamente vinculada a la idea de culpabilidad³²³ representando de esa forma un avance en los problemas de la culpabilidad en el ámbito de lo ilícito.

318 BACIGALUPO, Enrique: "Manual..." Op. Cit. p. 91

319 MUÑOZ CONDE, Francisco: "Teoría...", Ob. Cit., p. 21.

320 En este sentido es necesario decir que no es objeto de protección penal cualquier bien jurídico, para eso existen otros ordenamiento jurídicos que también protegen dichos bienes. Para el derecho penal merecen protección los bienes jurídicos fundamentales.

321 BACIGALUPO, Enrique: "Manual..." Op. Cit. p.92

322 BACIGALUPO, Enrique: "Manual..." Op. Cit. p.92

323 BACIGALUPO, Enrique: "Manual..." Op. Cit. p. 94

• **Nexo causal e imputación objetiva. Las teorías de la causalidad.**

Las teorías de la causalidad que se han formulado han sido muchas. El problema más antiguo iba enfocado a lograr distinguir entre la causa productora del resultado y las meras condiciones. Estas eran denominadas teorías individualizadoras y a ellas corresponde el anticuado régimen de las concausas. En la modernidad las teorías de la causalidad han renunciado a la búsqueda de una causa individual. De todas las teorías han subsistido tres³²⁴: la teoría de la equivalencia de las condiciones o de la *condictio sine quanon*, la teoría de la causalidad adecuada y la teoría de la relevancia típica³²⁵. Actualmente la teoría dominante en la doctrina es la teoría de la imputación objetiva a la que luego haremos referencia.

1. La teoría de la equivalencia de las condiciones (*condictio sine quanon*)

Esta teoría reconoce sus fundamentos en el mismo concepto de causalidad de las ciencias naturales, de acuerdo con ella todas las condiciones que determinan un resultado tienen idéntica y equivalente calidad de causa: todas las condiciones son equivalentes causas³²⁶. Trasladándolo al ámbito del análisis penal se establece que una acción (condición positiva) es causa de un resultado si suprimida idealmente su realización, el resultado no se hubiera producido³²⁷, por ejemplo: A dispara un arma de fuego contra B y este muere, si suprimo mentalmente la acción de A, B no hubiera muerto de esta manera y en ese momento por tanto la acción de A es causal de la muerte de B.

En las omisiones (condiciones negativas) se sostiene que la omisión es causal del resultado cuando supuesta la realización de la acción omitida el resultado hubiera sido evitado, por ejemplo: X es un buen nadador y no tiene impedimento alguno para salvar a Y, que no sabe nadar y ha caído en la parte más profunda de la piscina, no realiza el menor intento para salvarlo por lo que Y muere ahogado. Si se supone mentalmente la acción de salvamento de X, Y no hubiera muerto, ergo la omisión de X es causa de la muerte de Y. La aplicación de la fórmula anterior plantea que hay que tomar en cuenta algunas advertencias. En primer lugar no se pueden suponer hechos no ocurridos realmente o lo que se denomina nexos causales hipotéticos.

324 Hay que hacer notar que el autor mencionado en su 2a edición de Lineamientos de la Teoría del delito sostiene que de estas teorías han sobrevivido dos. BACIGALUPO, Enrique: “ Lineamientos, Ob. Cit, 1985, p. 40. Muñoz Conde sostiene que de las teorías de la causalidad más importantes son la de la equivalencia de las condiciones y la de la causalidad adecuada.

325 Sostiene Bacigalupo que la diferencia entre las primeras dos teorías es que la teoría de la equivalencia de las condiciones considera como relevante para el derecho penal una conexión causal concebida en el sentido de las ciencias naturales, la segunda trata de limitar los resultados de una consideración meramente natural incluyendo puntos de vista valorativos que restrinjan el concepto de causalidad a la causalidad jurídico-penalmente relevante.

326 BACIGALUPO, Enrique: “Lineamientos ...”,(1994), p. 73.

327 BACIGALUPO, Enrique: “ Lineamientos...”, (1978), Ob. Cit., p.41



Por otra parte hay que tomar en cuenta cuando en una cadena causal intervienen terceros ya sea en forma intencional o no, dado que el resultado al final sería siempre el mismo. Si la intervención del tercero no es intencional serán causa del resultado de la acción del que puso la primera condición tanto como la del que puso las restantes por ejemplo: A deja un arma de fuego cargada sobre una mesa; B toma el arma y comienza a jugar con ella; el arma se dispara y mata a C. Las acciones de A y B son causa del resultado muerte de C porque si suprimidas mentalmente cada una de ellas en forma alternativa, la muerte de C, no hubiera ocurrido. Diferente es el caso en donde la actuación del tercero es intencional, en este sentido la doctrina no es pacífica en sus opiniones. Así los seguidores de la teoría de la prohibición de regreso estiman que si la condición ha sido puesta en forma libre y consciente por el tercero no deben tomarse en consideración las condiciones anteriores a la acción libre y consciente³²⁸ retomando el ejemplo anterior si B toma el arma y mata intencionalmente a C, la acción de A no debería tomarse en cuenta desde el punto de vista causal³²⁹. Es necesario advertir que si se adopta esta teoría es necesario corregir sus resultados en los otros estratos de la teoría del delito³³⁰.

La fórmula de la teoría de la condición, es decir la fórmula de la supresión hipotética de la acción, ha sido criticada porque es engañosa, sólo se puede utilizar si se conoce de antemano la causalidad. O dicho de otra forma cuando se ignora la causalidad natural no se puede descubrir con la teoría de la condición o, mejor dicho, con la fórmula de la supresión mental, quien no sepa que el disparo de arma de fuego puede producir la muerte de una persona, no puede saber tampoco si, al suprimirse mentalmente la acción de disparar, el resultado no se hubiera producido.

En ese sentido los seguidores de la teoría de la causalidad prefieren en la actualidad la teoría de la ley de causalidad natural, según la cual es preciso verificar la existencia de una ley causal general de la que el caso concreto resulte ser una comprobación individual o particular representada por la comprobación de un número de casos estadísticos representativos en los que se repite el mismo resultado y permitan en consecuencia suponer una relación causal general. Es necesario agregar que las teorías de la causalidad, y la teoría de la equivalencia de las condiciones en especial separan claramente la cuestión de la causalidad y la de la autoría: ser causa del resultado no significa todavía ser el autor de la acción que produjo el resultado, dicho de otra forma no significa ser responsable penalmente por el resultado típico producido³³¹.

328 BACIGALUPO, Enrique: "Manual..." Op. Cit. p. 97

329 BACIGALUPO, Enrique: "Manual..." Op. Cit. p. 97

330 BACIGALUPO, Enrique: "Lineamientos...", (1978), Ob. Cit., p.41

331 BACIGALUPO, Enrique: "Lineamientos ...", Ob. Cit, 1985, p. 40

2. La teoría de la causalidad adecuada.

La teoría de la causalidad adecuada propone introducir criterios limitadores de los efectos de la teoría de la equivalencia de las condiciones, la previsibilidad objetiva y el de la diligencia debida, ya que si la acción se realiza con la diligencia debida, aunque sea previsible un resultado, se mantiene en el ámbito de lo permitido jurídicamente³³². Esto, para neutralizar la amplitud de sus resultados, debido a que tuvo grandes dificultades para eliminar del ámbito de la tipicidad comportamientos causales muy alejados temporalmente del resultado y cuya relevancia típica resultaba totalmente dudosa por ejemplo "si los padres no hubieran engendrado al hijo hace veinticinco años, éste no hubiera cometido el asesinato por el que se le acusa"³³³.

Para esta teoría no todas las condiciones son causas, sino sólo aquellas que de acuerdo con la experiencia general habitualmente producen el resultado. Por ejemplo el disparo de arma de fuego produce habitualmente la muerte o lesiones en otra persona, una dosis de arsénico produce habitualmente la muerte de una persona según la experiencia general, por ello ambas conductas son adecuadas para producir el resultado.

El problema de esta teoría es que no da respuesta a situaciones particulares, en las que se producen resultados por condiciones que habitualmente no los producirían, por ejemplo una bofetada no es adecuada a la producción del resultado muerte y si el autor ha dado una bofetada a un hemofílico y le produce la muerte habrá que negar la relación causal por que de acuerdo a la experiencia general una bofetada no produce la muerte de otro. A esta situación se debe la crítica de la teoría dado que no sólo condiciones de conocimiento general son capaces de producir resultados penalmente relevantes, ya que también los comportamientos inadecuados producen resultados no habituales, en este sentido la muerte del hemofílico si se trata sobre la base de la teoría de la equivalencia de las condiciones admitiría la relación causal, por el contrario para la teoría de la causalidad adecuada la acción de dar la bofetada sólo sería causal de lesiones no del resultado muerte³³⁴.

Sin embargo, la teoría en comento podría neutralizar las críticas a las que se le somete, si admite la relevancia del conocimiento ex - ante por parte del autor, en el caso del hemofílico si quien le da la bofetada conoce de la hemofilia del sujeto pasivo, su conducta es causalmente adecuada frente al resultado muerte. No obstante dichas críticas no han podido ser superadas³³⁵.

332 MUÑOZ CONDE, Francisco: "Teoría...", Ob. Cit., p. 23.

333 BACIGALUPO, Enrique: "Lineamientos ...", Ob. Cit, (1985), p. 40

334 BACIGALUPO, Enrique: "Manual..." Op. Cit. p. 98

335 BACIGALUPO, Enrique: "Lineamientos ...", (1994), p. 75



3. Teoría de la relevancia típica de la causalidad.

La corrección de la causalidad natural para adaptarla a las necesidades del derecho penal fue intentada por la teoría de la relevancia típica de la causalidad³³⁶. Esta teoría también trata de limitar la extensión de la teoría de la equivalencia de las condiciones, para ello exige la comprobación de la relevancia típica del nexo causal según una correcta interpretación del tipo penal³³⁷. El punto de partida de esta teoría es correcto en tanto propone reemplazar la causalidad por la imputación objetiva a los efectos de verificar la tipicidad en los delitos de resultado a partir de criterios de imputación que se derivan del concepto de ilícito penal³³⁸. El inconveniente de la teoría es que deja abierto el problema de los criterios en base a los cuales puede estimarse correcta, a estos fines la interpretación del tipo³³⁹.

4. La teoría de la imputación objetiva.

Esta teoría que es la dominante en la actualidad es consecuencia de la teoría de la relevancia, y propone reemplazar la relación de causalidad por la imputación objetiva, es decir, por una conexión elaborada en base a consideraciones jurídicas y no naturales. La comprobación de la relación de imputación objetiva requiere que:

- a) La acción haya creado un peligro jurídicamente desaprobado o sea no permitido para la producción del resultado, y
- b) Que el resultado producido sea la realización de ese peligro creado por la acción.

Por ejemplo: la acción de conducir un coche es peligrosa; sin embargo, si el autor produce un resultado de lesiones corporales de otro sin haber transgredido los reglamentos el resultado no le será imputable. tampoco le será imputable un resultado que vaya más allá de la realización del peligro representado por su acción, como ocurre en el caso del hemofílico que ya hemos analizado. Ambos puntos de partida son deducidos del fin de protección de la norma penal. La norma penal sólo prohíbe acciones que creen para el bien jurídico un riesgo mayor que el autorizado y la producción de un resultado que pudiera evitarse³⁴⁰. Los criterios de la imputación objetiva se deducen de la naturaleza de las normas jurídicas y de su fin protector de bienes jurídicos, entre esos criterios tenemos:

336 BACIGALUPO, Enrique: "Manual..." Op. Cit. p. 98

337 BACIGALUPO, Enrique: "Lineamientos ...", (1994), p.76

338 BACIGALUPO, Enrique: "Manual..." Op. Cit. p. 99

339 BACIGALUPO, Enrique: " Lineamientos ...", Ob. Cit, (1985), p.

340 BACIGALUPO, Enrique: "Manual..." Op. Cit. p. 99

• **Las normas jurídicas sólo prohíben resultados evitables.**

No puede la norma jurídica sancionar conductas que recaen sobre bienes jurídicos que ya han sufrido afectación previo a la lesión causada por la conducta. Estos casos son los de la aceleración de la causalidad y de causalidad de reemplazo.

En los primeros la acción crea un peligro cuya concreción se manifiesta antes del momento en que el resultado por sí se hubiera producido, por ej. un tratamiento médico equivocado provoca un adelanto en la lesión irreversible que la enfermedad hubiese provocado. En los otros casos se trata de resultados que se hubieran producido en el mismo momento en que se produjo la lesión, por ejemplo A dispara sobre B que ha ingerido antes una dosis mortal de veneno y le produce la muerte. En este caso estamos frente a una situación de adelanto de la causalidad. Si el resultado era inevitable, porque el bien jurídico ya estaba sometido a un peligro que seguramente produciría el resultado, éste no debería imputársele al autor del disparo³⁴¹ quedando su acción a nivel de tentativa de homicidio. A este respecto una parte de la doctrina sostiene que este criterio debe aplicarse en aquellos casos en donde los bienes jurídicos no sean altamente personales por ejemplo vida e integridad personal. Esto significa que puede aplicarse el criterio en donde la afectación al bien jurídico sea mínima, por ejemplo no se imputará un resultado de daños (Art. 221 CCp) a quien hubiera matado a un perro que ha ingerido una dosis mortal de veneno antes de que le disparen.

• **Las normas jurídicas sólo prohíben los resultados que provengan de acciones que hayan creado un peligro jurídicamente desaprobado (prohibición de regreso).**

Las normas sólo prohíben acciones que van más allá de los límites del peligro permitido, no situaciones que per se dejarán de ser punibles. Por ejemplo el sobrino que para heredar cuanto antes a su tío lo convence de que viaje asiduamente en avión con la esperanza de que el tío muera en un accidente aéreo, no lleva a cabo una acción relevante para el derecho penal aunque el tío muera en el avión que se accidentó. Aunque la acción de convencer al tío para viajar con cierta regularidad en avión pueda ser causal para las otras teorías no es objetivamente imputable porque la muerte ocurre dentro de un marco jurídicamente permitido, el tráfico aéreo.

• **Las normas jurídicas sólo prohíben acciones que aumenten el peligro corrido por el bien jurídico.**

La cuestión de la imputación objetiva del resultado será problemática en los casos en que el objeto de la acción ya estaba expuesto a un peligro capaz de producir el mismo resultado que la acción ha producido, pues en estos casos podría ponerse en

341 BACIGALUPO, Enrique: "Lineamientos ...", (1994), p. 77



duda que el peligro jurídicamente desaprobado creado por el autor se haya concretado en el resultado. Ejemplo: Pedro se adelanta a un ciclista que va ebrio y tambaleante por la carretera sin dejar la distancia reglamentaria; el ciclista cae bajo las ruedas del vehículo de Pedro y muere; ¿no es seguro que si Pedro hubiera realizado el adelanto observando la distancia reglamentaria el resultado no se hubiera producido?, en este caso el resultado sería imputable a Pedro si su acción significa una contribución al peligro que se concretó en el resultado (principio de elevación del riesgo). En la práctica, para plantear la cuestión de la eventual relevancia de un nexo causal hipotético se requiere que se den las siguientes condiciones: 1) Que un comportamiento contrario al deber haya producido un resultado ya amenazante, 2) Que exista la posibilidad de que el comportamiento adecuado al deber hubiera evitado la producción del resultado³⁴². En el ejemplo planteado para cumplir con el primer criterio el adelantarse al ciclista ebrio sin dejar la distancia reglamentaria causó el resultado muerte. En el segundo supuesto es posible que dicho resultado no se hubiera producido si el conductor del vehículo hubiera observado la distancia reglamentaria. La decisión sobre la imputación objetiva dependerá de que el comportamiento realmente realizado represente una contribución al peligro que se concretó en el resultado que ya era posible al realizarse la acción³⁴³.

*** Las normas no prohíben sino acciones que representen un peligro para el bien jurídico que protegen.**

Esto significa que todos los resultados que caen fuera del ámbito de protección de la norma no son imputables, por ejemplo la norma que prohíbe lesionar a otro en el cuerpo o en la salud no consiente que se impute al autor de una acción que sólo representa un peligro para ese objeto de protección un resultado encadenado con el de lesión. Tal es el caso del sujeto que muere producto del incendio del hospital al que llegó luego de haber sufrido lesiones.

Por el contrario no se podría hablar de imputación objetiva si se parte de la premisa que el ámbito de protección de la norma sólo se extiende hasta la concreción inmediata del peligro representado por la acción.

*** Las normas jurídicas sólo prohíben acciones que empeoren la situación del bien jurídico, pero no las que lo benefician.**

Esta situación es de simple lógica, no se puede pensar que el derecho penal sancione conductas que favorezcan o disminuyan el daño que un bien jurídico tutelado reciba, por ejemplo el caso de un sujeto que para evitar que un vehículo atropelle a su amigo que tiene al lado lo empuja y le produce lesiones leves. Este resultado de lesiones leves no es imputable, en vista de que con la acción se ha evitado un daño mayor.

342 BACIGALUPO, Enrique: "Manual..." Op. Cit. p. 100

343 BACIGALUPO, Enrique: "Manual..." Op. Cit. p. 100

• **Las normas jurídicas no prohíben las lesiones sobre bienes jurídicos sobre los que el titular podía consentir la lesión (consentimiento del lesionado/ autopuesta en peligro).**

De acuerdo con el principio de la autonomía de la voluntad, existen esferas particulares en las que el derecho penal no debe inmiscuirse, dado que existen bienes jurídicos que son disponibles en las personas tal es el caso de consentimiento eximente que regula el art. 147 inciso segundo CP para el delito de lesiones.

• **El Resultado.**

La adecuación típica en los delitos de lesión depende de que la realización de la conducta haya producido un resultado lesivo que sea objetivamente imputable a la acción, es decir una relación que permita, ya en el ámbito objetivo, la imputación del resultado producido por el autor de la conducta que lo ha causado³⁴⁴, esto significa que el juez debe comprobar para dar por acreditada la realización del tipo objetivo no sólo la realización de la acción sino también la producción de un resultado de lesión y la existencia de una relación específica entre el resultado de lesión y la conducta que permita sostener que el resultado es producto de ella, a esto se le denomina imputación objetiva³⁴⁵ y requiere que exista una causalidad relevante desde el punto de vista de la naturaleza de la norma³⁴⁶, constituyéndose además en el elemento más problemático a analizar en el tipo objetivo en los delitos de lesión³⁴⁷. Lo antes planteado no significa que basta la imputación objetiva para deducir una responsabilidad criminal, se requiere la presencia y valoración de otros elementos para deducirla, de allí que la imputación objetiva es el presupuesto mínimo para deducir responsabilidad en los delitos de resultado³⁴⁸.

Lo anterior nos da la pauta para entender que si bien el resultado es un elemento del tipo objetivo, es necesario aclarar que no en todos los delitos hay resultado, así encontramos en el Código Penal algunas conductas cuya descripción típica contiene como característica la puesta en peligro real o potencial del bien jurídico tutelado, a

344 MUÑOZ CONDE, Francisco: "Teoría...", Ob. Cit., p. 22

345 BACIGALUPO, Enrique: "Manual..." Op. Cit. p. 94

346 BACIGALUPO, Enrique: "Lineamientos de la Teoría del delito", Tercera edición renovada y ampliada, Editorial Hammurabi, Buenos Aires, Argentina, 1994, p. 72.

347 Esta posición ha sufrido variantes a lo largo de la evolución doctrinaria el punto de vista clásico afirmaba que un resultado era el producto de la acción cuando ambos estaban unidos por una relación de causalidad. En la actualidad tiende a imponerse un punto de vista diferente. De acuerdo con este, lo decisivo no es la causalidad en sentido natural, sino la relación causal que resulta relevante para lo ilícito de acuerdo con criterios deducidos de la naturaleza de la norma y de su finalidad protectora de bienes jurídicos: la imputación objetiva. BACIGALUPO, Enrique: "Lineamientos ...", (1994), p. 72

348 MUÑOZ CONDE, Francisco: "Teoría...", Ob. Cit., p. 22



estos delitos se les denomina delitos de peligro concreto y peligro abstracto respectivamente; de igual manera se encuentran otras conductas que para ser punibles sólo basta con que el autor realice la acción sin importar el resultado que esta produzca, a estos delitos se les denomina delitos de mera o pura actividad, sosteniéndose en la doctrina que estos delitos son la antípoda de los delitos de resultado. Así las cosas se entiende como resultado la lesión que recibe el objeto de la acción y no cualquier consecuencia vinculada a la acción³⁴⁹ por ejemplo el resultado muerte en el homicidio simple (art. 128 CP). Esta lesión del objeto de la acción deberá distinguirse de la lesión del objeto de protección que implica o se constituye por la lesión al bien jurídico tutelado penalmente, ya que todos los delitos se caracterizan por causar una lesión o una afectación a un bien jurídico. Entonces los delitos de lesión son aquellos en los que la lesión del bien jurídico tiene lugar a través de una lesión de un objeto protegido³⁵⁰.

Pero, como ya antes hemos dicho, esa afectación al bien jurídico puede manifestarse además a través de la puesta en peligro del objeto jurídicamente protegido, peligro que puede ser concreto cuando efectivamente se pone en peligro el objeto verbigracia el delito de amenazas del artículo 154 CP; y peligro abstracto cuando únicamente se describe una forma de comportamiento que de acuerdo a la experiencia comporta un peligro para el objeto protegido, ejemplo de ello la Infracción de medidas de seguridad e higiene del art. 278 CP.

Como ya lo señalamos en oposición a los delitos de resultado se encuentran aquellos en los que el tipo penal agota su descripción en la sola realización de la acción, a estos delitos se les conoce como delitos de mera o pura actividad, entre los que se puede mencionar la injuria contenida en el art. 179 CP., el allanamiento de morada del Art. 188 CP., etc., en los que no hay problema alguno de causalidad.

Ahora bien, en los delitos de resultado se requiere que la acción y el resultado se encuentren en una relación tal, que esta pueda comprobar o determinar que dicho resultado es la concreción de la acción manifiesta, a esta relación se le denomina relación de causalidad o nexo causal, situación que es imposible de presentarse en los delitos de mera actividad, por ejemplo en la injuria no se requiere de un resultado material.

b) Elementos propios.

• Elementos descriptivos.

Los que el autor conoce a través de la percepción sensorial (oídos, vista, tacto, etc.) son objetos del mundo exterior que al autor puede conocer sin hacer una especial

349 BACIGALUPO, Enrique: "Manual..." Op. Cit. p. 94

350 BACIGALUPO, Enrique: "Manual..." Op. Cit. p. 94

valoración por ejemplo la cosa mueble en el delito de hurto. Teóricamente, se ha cuestionado la autonomía de esta categoría por entenderse que la valoración tiene por lo menos tanta significación como la percepción sensorial, pues no habría dentro de los tipos penales elementos totalmente libres de una referencia a las valoraciones jurídicas³⁵¹.

• **Elementos normativos.**

Son aquellos elementos que se captan mediante un acto de valoración. Esta valoración puede referirse a la significación cultural de un hecho como el caso de la ofensa al “decoro” que se exige en el delito de Injuria (art. 179 CP). Pero también puede tratarse de una valoración consistente en la significación jurídica de alguna circunstancia del hecho, por ejemplo el concepto de cheque, en el tipo denominado Cheque sin provisión de fondos (art. 243 CP), o el elemento documento en los delitos de Falsificación de documentos (arts. 283, 284 y 285 CP). En este caso el conocimiento que se exige no debe ser un conocimiento técnico-jurídico dado que ello implicaría que únicamente los juristas debían obrar con dolo, el conocimiento que se exige es el del hombre común o como lo denomina la doctrina “el conocimiento en la esfera del profano”.

c) Elementos específicos: medios, momento de la conducta, lugar, objeto de la acción.

• **Medios.**

El carácter criminal de una acción puede depender de la utilización que el autor haya hecho de determinado medio, por ejemplo en el delito de Estafa se requiere del engaño para configurar la conducta. De igual forma hay casos en los que para que la conducta se agrave o atenúe es necesario que el sujeto activo haya utilizado ciertos medios. Por ejemplo, la utilización de veneno en el homicidio agravado del art. 129 No. 4 CP.

• **El tiempo (momento de la acción).**

Hay acciones que sólo pueden cometerse en momentos determinados para que sean típicas, dicho de otra forma debe haberse realizado en un momento que puede ser tanto la razón de la incriminación como de la agravación del hecho por ejemplo el homicidio piadoso del art. 130 CP. cuando el enfermo está sufriendo graves padecimientos, o el hurto que se agrava cuando se comete en estados de emergencia o calamidad pública art. 208 ordinal 3 CP. respectivamente.

351 BACIGALUPO, Enrique: “ Lineamientos...”, (1978), Ob. Cit., p. 34



• El lugar.

Hay situaciones o referencias en las que el lugar es relevante para la comisión del hecho punible, por ejemplo el ingreso a la morada ajena en el delito de allanamiento de morada, o los casos de hurto de los números 4 y 10 del art. 214 del CCp en los que por el lugar de comisión del ilícito se agrava la conducta.

• Objeto de la acción.

Para la dogmática penal objeto de la acción u objeto del delito y bien jurídico son dos categorías diferentes, eso sí, con alguna relación. El bien jurídico, es el interés jurídico individual o social a proteger, es el bien fundamental que merece protección estatal para lograr la convivencia armónica entre los hombres; en cambio el objeto del delito es la cosa material sobre la que recae la lesión en los delitos de resultado, o el peligro de lesión en los delitos de peligro.

En los delitos de resultado de lesión y de peligro concreto se hace referencia al objeto sobre el cual la acción produce la lesión o el peligro, por ejemplo en el delito de hurto el objeto de la acción es la cosa; el bien jurídico tutelado es el patrimonio.

VI.- ASPECTO SUBJETIVO DEL TIPO

En la acción se dan elementos exteriores llamados objetivos y elementos subjetivos que como tales transcurren en la conciencia del autor y que no son sino elementos externos que objetivan una determinada actividad del sujeto³⁵²; a estos elementos es a los que se denomina tipo subjetivo siendo tales: el dolo y elementos subjetivos especiales de autoría llamados también elementos subjetivos de lo injusto o de la tipicidad³⁵³; estos son los más importantes, pero además Bacigalupo incluye en ellos otros elementos del tipo subjetivo a los que denomina elementos especiales del ánimo. Es necesario aclarar que las circunstancias subjetivas son las más difusas y difíciles de probar ya que reflejan una tendencia o disposición subjetiva que se puede deducir pero no observar³⁵⁴. De igual manera en el tipo subjetivo se analizan los casos de error en las condiciones objetivas del tipo, configurando lo que en doctrina se denomina error de tipo y que aparece regulado en el CP en los arts. 28 y 69 CP.

352 BACIGALUPO, Enrique: "Lineamientos...", (1994), Ob. Cit., p. 80

353 BACIGALUPO, Enrique: "Lineamientos...", (1994), Ob. Cit., p. 80

354 MUÑOZ CONDE, Francisco: "Teoría...", Ob. Cit., p. 53.

a) El dolo

Dogmáticamente el dolo ha sido considerado como el elemento principal del tipo subjetivo, que si bien es cierto en el ámbito del derecho tiene varias acepciones para efectos del derecho penal el dolo constituye el conocimiento y la voluntad de realización del tipo penal. La realización del tipo objetivo es dolosa cuando el autor ha sabido de ella y la ha querido³⁵⁵. En otras palabras el dolo es la actitud subjetiva de decidirse por la ejecución de una acción lesiva de un bien jurídico, es decir una acción que realiza un tipo penal³⁵⁶. De lo anterior se deduce que en el dolo se encuentran dos elementos a saber: el elemento cognitivo o sea el conocimiento que debe tener el autor para obrar dolosamente, y el elemento volitivo que no es más que las condiciones bajo las cuales es posible afirmar que el autor quiso lo que sabía. La doctrina penal no ha tenido problemas en reconocer los elementos antes dichos, el problema se ha planteado en determinar cuál debe ser el contenido de cada uno de los elementos, de igual manera ha sido un problema en la doctrina determinar si el dolo es un elemento del tipo subjetivo o si por el contrario hay que analizarlo en la culpabilidad³⁵⁷. Sobre estas situaciones es a las que a continuación nos referiremos.

* El elemento cognitivo del dolo o conocimiento de la realización del tipo objetivo^{358 359}.

El conocimiento como elemento del dolo está enfocado a determinar qué debe saber el autor en el momento de la realización del tipo penal. Se sostiene entonces que el autor debe conocer los elementos del tipo objetivo, definiéndose cuales de esos elementos debe conocer el autor para que su actuar sea doloso. En principio parece

355 BACIGALUPO, Enrique: "Manual..." Op. Cit. p. 103. En la dogmática más moderna sin embargo esta tesis ha sido puesta en duda, pues se considera que sólo se puede llevar a la práctica ayudándose de ficciones. En efecto afirmar que el autor no sólo ha querido las consecuencias que eran la meta de su acción y las que eran consecuencia necesaria de ellas, sino también las que se representó como probables, no resulta convincente, pues el autor, en realidad, respecto de estas no ha tenido una auténtica voluntad de realización. Por otra parte el elemento volitivo aparece como innecesario, dado que todo el que conoce el peligro generado por su acción y actúa, realiza ya todos los elementos necesarios para haber obrado con dolo. En particular se puede decir que, en realidad, sólo en relación a las consecuencias necesarias de su acción el autor ha tenido conocimiento y voluntad. Con respecto a las consecuencias secundarias de su obrar por el contrario, el agente sólo tiene conocimiento. Esta situación no es en verdad, otra cosa que la culminación de un proceso de lento aflojamiento de las exigencias volitivas del concepto de dolo eventual de las teorías que consideraron que la esencia del dolo era la voluntad del autor. Así: BACIGALUPO, Enrique: "Lineamientos...", (1994), Ob. Cit., p. 81 haciendo referencia a los planteamientos de expositores de la dogmática alemana moderna entre los que menciona a Schmidhäuser, Gunter Jakobs y Frisch.

356 BACIGALUPO, Enrique: "Manual..." Op. Cit. p. 103

357 En este sentido es importante destacar que quienes seguimos la doctrina de la teoría de la acción final estamos de acuerdo en que el dolo es un elemento del tipo subjetivo.

358 MUÑOZ CONDE, Francisco: "Teoría...", Ob. Cit., p. 55.

359 MUÑOZ CONDE, lo denomina elemento intelectual.



claro que lo mínimo que el autor debe haber conocido es la realización del tipo, o sea debe haber tenido conocimiento de los elementos del tipo objetivo³⁶⁰ (sujeto, acción, resultado, relación causal o imputación objetiva) ejemplo en el delito de hurto art. 208 CP. el autor debe haber tenido conocimiento de que se apoderaba de una cosa mueble ajena³⁶¹. En sentido contrario cuando se trata de tipos estructurados sobre la base de la realización de un peligro no permitido, el conocimiento que debe haber tenido el autor para obrar con dolo es el de las circunstancias que generan el peligro concreto de la lesión.³⁶² Lógicamente este conocimiento debe ser actual o sea en el momento que se realiza la acción³⁶³, no bastando uno meramente potencial, sobre esta posición hay acuerdo en la doctrina; de igual manera hay acuerdo en los estudiosos del derecho penal en que no es necesario el conocimiento que el autor tenga de la punibilidad para determinar que su conducta sea dolosa.

Un punto en el que la doctrina no ha sido pacífica está vinculado con que si el dolo requiere que el autor haya conocido que su hecho era antijurídico, es decir si es requisito para que exista dolo la conciencia de la antijuridicidad. El problema se ha planteado en las legislaciones en donde el concepto de dolo aparece regulado expresamente en la ley, tal era la situación del Código Penal salvadoreño de 1974 que incluía en el art. 33 un concepto de dolo que permitía entender la necesidad de que el autor tuviese conciencia de lo antijurídico de su acción para que el dolo se manifestara. Afortunadamente el Código Penal actual no incluye un concepto de dolo que permita por vía legislativa determinar tal conocimiento dejando subsistente el concepto de dolo natural que para efectos dogmáticos y prácticos es más adecuado. Si a ello le agregamos la distinción que se hace en nuestro Código Penal de los errores vencibles o invencibles, de tipo y de prohibición Arts. 28 y 69 del CP., podemos determinar que para la legislación salvadoreña no es necesaria la conciencia de la antijuridicidad para que la conducta se reputa como dolosa, ya que dicha categoría se discute en la culpabilidad³⁶⁴ y el dolo se analiza en el tipo subjetivo.

360 En este sentido se sostiene que no es necesario que el autor conozca otros elementos pertenecientes a la antijuridicidad, a la culpabilidad o a la penalidad. Ver MUÑOZ CONDE, Francisco: "Teoría...", Ob. Cit., p. 57.

361 BACIGALUPO, Enrique: "Manual..." Op. Cit. p. 103

362 Estamos en este caso en los delitos de peligro ya sea por la vía de la comisión o por la vía de la omisión, esa parece ser la posición que está adoptando Bacigalupo en la 3a. edición de los Lineamientos de la Teoría del delito. BACIGALUPO, Enrique: "Lineamientos...", (1994), Ob. Cit., p. 82.

363 El conocimiento que el autor tuvo antes de realizar la acción y que luego olvidó no es suficiente a estos fines, como tampoco lo es el que pueda tener con posterioridad a la realización de la acción. BACIGALUPO, Enrique: "Lineamientos...", (1994), Ob. Cit., p. 83.

364 En efecto el art. 28 del CP. establece que cuando el error es invencible sobre el hecho constitutivo de la infracción penal excluye la responsabilidad penal (error de tipo), por el contrario si el error es vencible excluye el dolo pero deja subsistente la culpa si la figura admite el delito culposo. En relación al error sobre la ilicitud del hecho constitutivo de la infracción penal o de una causa de exclusión de responsabilidad penal (error de prohibición) si este es invencible se exime de la responsabilidad, si es vencible se atenúa la sanción penal.

Sobre esta base es necesario señalar que no es necesario que el autor tenga conocimiento de la punibilidad sobre todo en materia de excusas absolutorias, sosteniéndose por la doctrina que lo más correcto en estos casos es no tomar en cuenta el conocimiento de las circunstancias de las excusas absolutorias para la cuestión del dolo³⁶⁵, de igual forma debe resolverse lo relacionado con la conciencia de la antijuridicidad, pues como ya se dijo sólo basta que el autor tenga conocimiento de los elementos del tipo objetivo³⁶⁶.

• Momento y modo del elemento cognitivo del dolo.

Tal como ya lo hemos señalado el elemento cognitivo del dolo debe darse en el momento de la comisión del hecho y este conocimiento debe ser actual. Si el autor antes de hacer el disparo al lugar donde ahora cree que hay una liebre no ignoraba que había una persona no podemos determinar que actuó dolosamente, ya que la creencia de él al disparar estaba determinada por la existencia de una liebre al lugar donde disparó, esto sin perjuicio que la responsabilidad pueda deducirse como culposa. Esto significa que el modo del conocimiento de los elementos del tipo objetivo dependerá obviamente de la naturaleza de tales elementos y de la forma en que estos puedan percibirse. Lo anterior nos lleva a colegir que el conocimiento de los elementos del tipo objetivo requiere de algunas características. En primer lugar, como ya lo expresamos el conocimiento debe ser actual o sea en el momento en que se realiza la acción; en segundo lugar este conocimiento debe extenderse a las circunstancias agravantes y atenuantes, sea que estén incorporadas al tipo de la parte especial, por ejemplo el grado de parentesco en el homicidio agravado del art. 129 CP, o que se trate de circunstancias contenidas en la parte general arts. 29 y 30 CP.

En tercer lugar cabe señalar que no todos los elementos del tipo deben ser conocidos con la misma intensidad ni de la misma manera. La existencia de elementos descriptivos estará determinada por el conocimiento sensorial. A contrario sensu si los elementos normativos son aquellos elementos que se captan mediante un acto de valoración para poderlos identificar será necesario hacer esa valoración ya sea empírico-cultural o jurídica, a tal grado que algunos de los elementos normativos son susceptibles de conocerse de manera técnica o de una manera profana, por ejemplo un “cheque” es un concepto jurídico que tiene un cierto contenido diferente al concepto que le pueda dar un lego. No es lo mismo el concepto de cheque que tiene un abogado al que tiene un comerciante, sin embargo para obrar con dolo es suficiente saber que significa un cheque para un comerciante, a esto se le conoce como el “conocimiento paralelo en la esfera del lego”³⁶⁷ o valoración paralela en la esfera del profano³⁶⁸.

365 BACIGALUPO, Enrique: “Lineamientos...”, (1994), Ob. Cit., p. 83.

366 BACIGALUPO, Enrique: “Manual...” Op. Cit. p. 104

367 BACIGALUPO, Enrique: “Lineamientos...”, (1978), Ob. Cit., p.48,. En el mismo sentido BACIGALUPO, Enrique: “Manual...” Op. Cit. p. 107

368 MUÑOZ CONDE, Francisco: “Teoría...”, Ob. Cit., p. 56.



Existen otras situaciones en las que es muy difícil distinguir entre el conocimiento de los elementos del tipo de los de antijuridicidad del hecho, por ejemplo el art. 173 del CP. establece determinada punición para las personas que utilicen a menores en espectáculos pornográficos o exhibicionistas. No hay problema con la utilización del término pornografía, dado que si lo analizamos como elemento normativo encontraremos explicaciones culturales o jurídicas del porque del término. El problema se evidencia en el término “exhibicionista” ya que si bien es cierto el diccionario de la lengua española lo define como “al sujeto que tiene un deseo obsesivo de exhibir o mostrar los órganos genitales propios a personas del otro sexo en lugares públicos”, también existe la acepción que lo define como “el deseo de exhibirse o llamar la atención”. Si analizamos lo anterior podemos decir que es muy difícil establecer que un sujeto X, que está exhibiendo a un menor con fines artísticos tenga conocimiento de los elementos típicos de su conducta, así como de lo antijurídico. A estos elementos que se denominan de valoración total³⁶⁹ se les considera de doble cara ya que por un lado describen el hecho pero por otro alojan en sí un juicio sobre antijuridicidad, conciencia de lo antijurídico. Los efectos que esta situación produce son diferentes dependiendo del conocimiento del sujeto. Si el sujeto conocía que exhibir menores es un ataque en contra de la libertad sexual, se habrá cumplido el conocimiento de lo antijurídico. Si el autor no conocía el carácter lesivo de su acción faltará el conocimiento necesario para el dolo³⁷⁰.

Por último, durante la ejecución, algunos elementos deben darse directamente en “el foco de la conciencia del autor”, por ejemplo en el robo (Art. 212 CP) la violencia ejercida sobre la víctima y el apoderarse de la cosa deben darse en ese foco central de la conciencia del autor. Sin embargo hay circunstancias en las que no se requiere se encuentren en el centro del foco de la conciencia del autor, en estos casos es suficiente que dichos elementos aparezcan reflejados en una zona cercana al foco central de la conciencia denominado “co-conciencia” o “conciencia acompañante”³⁷¹, por ejemplo en el caso del robo agravado del art. 213 ordinal primero CP. el hecho de que el autor robe aprovechando un estrago o calamidad pública es suficiente para el dolo respecto de las circunstancias típicas acompañantes del hecho y que operan como agravantes³⁷².

• Clases de dolo.

A partir del conocimiento de los elementos del tipo objetivo se cumple con uno de los elementos del dolo, esto es, el conocimiento o elemento cognitivo, pero además

369 BACIGALUPO, Enrique: “Manual...” Op. Cit. p. 108.

370 BACIGALUPO, Enrique: “Manual...” Op. Cit. p. 108.

371 La conciencia acompañante o co-conciencia no es más que la conciencia que se tiene de circunstancias que están presentes en el hecho, pero sobre las que al autor no piensa con la misma intensidad con la que lo hace respecto de las otras circunstancias. Normalmente entrarán en esta zona de la conciencia circunstancias relevantes para el dolo - por ser elementos del tipo- inmediatamente conectadas con la acción. Qué circunstancias requerirán ser alcanzadas por el foco de la conciencia y cuáles solo por la co-conciencia es una cuestión de interpretación de los tipos particulares de la parte especial. Así: BACIGALUPO, Enrique: “Lineamientos...”, (1994), Ob. Cit., p. 85.

372 BACIGALUPO, Enrique: “Manual...” Op. Cit. p. 108.

de ello el dolo requiere que el autor haya querido la realización del tipo, dicho de otra forma haya tenido la voluntad de realizar la conducta típica. Supone pues el elemento volitivo del dolo la voluntad incondicionada de realizar algo que el autor cree que puede realizar³⁷³. En este sentido la doctrina ha considerado diversas formas de manifestación del dolo, dependiendo obviamente de cuando el autor quiso el resultado producido³⁷⁴, situación que ha dado lugar a la consideración de tres formas de dolo³⁷⁵: dolo directo, dolo de consecuencias necesarias o dolo indirecto y dolo eventual.

1. Dolo directo.

Se dice que hay dolo directo cuando el autor ha querido el resultado como meta de su acción³⁷⁶, cuando la realización del tipo penal ha sido directamente perseguida por su voluntad o como objetivo de su voluntad, o como afirma el profesor Muñoz Conde que el sujeto activo quiere realizar el resultado prohibido en el tipo penal en los delitos de resultado o la acción típica en los delitos de mera actividad; por ejemplo el autor quiere matar a X y le dispara dos veces en el pecho con una pistola calibre nueve milímetros, a sabiendas que X morirá a causa de los disparos y este efectivamente muere.

2. Dolo indirecto o de consecuencias necesarias.

El dolo de consecuencias necesarias es una variante del dolo directo³⁷⁷. En esta clase de dolo la realización del tipo no ha sido la meta del autor, pero éste se la ha representado como necesaria o como posible, el sujeto activo no ha querido directamente una de las consecuencias que se va a producir, pero la admite como necesariamente unida al resultado que pretende³⁷⁸. Cuando el autor se representa la realización de tipo como necesaria se dará dolo indirecto o dolo directo de segundo grado o dolo de consecuencias necesarias, por ejemplo X, quiere matar a Y, colocándole una bomba en su vehículo para que explote cuando éste se encuentre en marcha con la posibilidad muy grande de que la explosión mate también a Z, que es el chofer de Y. Para el caso hay dolo directo en el homicidio en Y, y dolo de consecuencias necesarias por el homicidio en Z.

373 MUÑOZ CONDE, Francisco: "Teoría...", Ob. Cit., p. 57.

374 Sostiene Bacigalupo que si bien es cierto las especies de dolo se han explicado desde la perspectiva de la teoría de la voluntad este punto de vista crea especiales problemas en relación al dolo eventual, en el que la existencia de un elemento volitivo está hoy en día seriamente puesto en duda. BACIGALUPO, Enrique: "Lineamientos...", (1994), Ob. Cit., p. 68.

375 El profesor Muñoz Conde solo distingue dos clases de dolo: el dolo directo y el dolo eventual, incluyendo en el primero el denominado dolo de segundo grado o dolo de consecuencias necesarias. MUÑOZ CONDE, Francisco: "Teoría...", Ob. Cit., p. Ob. Cit. p. 58.

376 BACIGALUPO, Enrique: "Manual..." Op. Cit. p. 112

377 BACIGALUPO, Enrique: "Manual..." Op. Cit. p. 112

378 MUÑOZ CONDE, Francisco: "Teoría...", Ob. Cit., p. Ob. Cit. p. 58.



3. Dolo eventual.

Si el autor no se representa la realización más que como posible, la realización dolosa del tipo dependerá de su actitud frente a la eventual realización del tipo. En el dolo eventual el sujeto se representa el resultado como de probable producción y aunque no quiere producirlo, sigue actuando admitiendo la eventual realización. El sujeto no quiere el resultado pero cuenta con él, admite su producción, acepta el riesgo³⁷⁹. Sin embargo, el concepto de dolo eventual requiere algo más que la representación de la posibilidad de la realización del tipo penal³⁸⁰. Debido a que el dolo eventual ha sido confundido en algunos casos con la culpa con representación (delito imprudente o culposo) se han formulado dos teorías para explicar el fenómeno del dolo eventual. Una primera posición exige que el autor además de haberse representado la posibilidad de la realización del tipo, haya aprobado interiormente la eventual realización del mismo. A esta teoría se le conoce como teoría del asentimiento o del consentimiento y es la que tiene más seguidores sosteniéndose que en ella el autor toma seriamente en cuenta la posibilidad de la lesión del bien jurídico, es decir cuenta con ella y se conforma con la misma, siendo para ello suficiente que haya mostrado indiferencias frente a la lesión del bien jurídico.

Contra esta teoría se elevan críticas en el sentido de las dificultades probatorias que genera³⁸¹. No obstante es preferible la teoría de la voluntad porque en última instancia el problema del dolo desemboca en la de demostración del querer el resultado, siendo por ello insuficiente la representación de su probable producción.

Desde otro punto de vista la teoría de la probabilidad afirma la existencia de dolo eventual cuando el autor se ha representado la eventual realización del tipo no sólo como posible, sino como probable por ejemplo el autor se representa como probable que la víctima de su delito de violación (Art. 159 CP) tiene menos de doce años, la realización del tipo será por lo tanto querida. En contra de esta teoría se sostiene que lo decisivo es que el autor haya tomado una decisión de realizar un hecho que implique la lesión de un bien jurídico y que la representación del tipo no es suficiente para acreditar esa decisión cuando el autor aunque sea temerariamente y a pesar de la representación de la probabilidad piensa que de todos modos el resultado no se producirá; mientras más remota sea la probabilidad de realización del tipo más cerca estaremos de la conducta imprudente con representación³⁸². De igual manera no es convincente la teoría de la probabilidad cuando el autor produce el resultado que quiere obtener con medios que hacen improbable alcanzarlo, por ejemplo el mal tirador que

379 MUÑOZ CONDE, Francisco: "Teoría...", Ob. Cit., p.Ob. Cit. p. 59.

380 BACIGALUPO, Enrique: "Manual..." Op. Cit. p. 112.

381 BACIGALUPO, Enrique: "Manual..." Op. Cit. p. 113

382 MUÑOZ CONDE, Francisco: "Teoría...", Ob. Cit., p.Ob. Cit. p. 58

a gran distancia y apuntando mal, de todos modos da en el blanco y mata al que quería matar³⁸³. La caracterización del dolo eventual define, a su vez el ámbito que corresponde a la culpa consciente. Cuando el autor se haya representado como posible la realización del tipo y haya obrado en la creencia de que ésta no tendría lugar estaremos en presencia de la llamada culpa consciente³⁸⁴.

Por último es necesario decir que la cuestión de si un determinado delito merece pena inclusive cuando el autor obró con dolo eventual depende de la interpretación que se haga del tipo concreto de la parte especial, por ejemplo es discutible si el dolo eventual es suficiente para el homicidio agravado.

b) Otros elementos propios. Los especiales elementos subjetivos de la autoría.³⁸⁵

Denominados también elementos subjetivos de lo injusto o del tipo están referidos a situaciones en las que el fin del autor trasciende a la realización del tipo³⁸⁶. Esto obedece a que hay situaciones en las que el disvalor de la acción del delito doloso puede no agotarse en el dolo, ya que hay ciertos casos en los que además de la voluntad y el conocimiento, se requiere que el autor haya realizado el hecho típico con una determinada motivación, intención o impulso, por ejemplo el homicidio que se comete para preparar, facilitar, consumir u ocultar otro delito y que por esa razón se agrava verbigracia el homicidio agravado del artículo 129 ordinal segundo del CP., las injurias (Art. 179 CP) que son proferidas con el fin de lesionar el honor (*animus injuriandi*), o el homicidio agravado que se comete por motivos abyectos o fútiles (Art. 129 ordinal 7 CP)³⁸⁷.

383 BACIGALUPO, Enrique: "Manual..." Op. Cit. p. 113

384 BACIGALUPO, Enrique: "Lineamientos...", (1985) p. 50.

385 Existen otros elementos de los cuales se discute su ubicación sistemática, a estos elementos Bacigalupo los denomina elementos especiales del ánimo y sostiene que se trata de una actitud subjetiva del autor que determina un especial disvalor ético social de la acción, por ejemplo el animus difamandi en el delito de difamación.

386 El descubrimiento de los elementos subjetivos tuvo lugar en un momento - en la década de los años 10 y 20 de este siglo- en el que a lo injusto - lo ilícito sólo correspondían elementos objetivos. La comprobación de que para la adecuación típica de algunos delitos era preciso tomar en cuenta la tendencia subjetiva del autor al realizar la acción hizo pensar que en lo injusto debía introducirse una categoría de elementos que hasta entonces había pertenecido a la culpabilidad por su carácter subjetivo. Al desarrollarse más esta nueva concepción de lo ilícito se acabó trasladando también el dolo a lo ilícito. Esta tarea estuvo a cargo de la teoría finalista de la acción. Así: BACIGALUPO, Enrique: "Lineamientos...", (1994),p. 87.



c) El error de tipo.

Tratamos en este apartado el error de tipo (Art. 28 inciso 1o. CP) debido a que la doctrina dominante ha considerado que es el aspecto negativo del elemento cognitivo del dolo, sosteniéndose que falta el conocimiento cuando el autor desconoce la existencia de alguno de los elementos del tipo objetivo. Este desconocimiento puede provenir de error como en el caso de la enfermera que cansada en su jornada laboral suministra al paciente un medicamento equivocado al que aquél es alérgico y le provoca lesiones, o por ignorancia como en el caso del sujeto que reparte pizzas y, un día el dueño de la pizzeria coloca en uno de los paquetes un explosivo para matar a su enemigo que ha pedido una pizza a domicilio y efectivamente muere porque el repartidor hizo la entrega a tiempo; es decir debe haber un conocimiento falso o debe haber falta de conocimiento.

Así las cosas si el autor ha realizado el tipo por error sobre los elementos del tipo objetivo se excluye el dolo, lo cual no significa que se excluya su responsabilidad penal. Veamos, se excluye la responsabilidad penal por el delito doloso, cuando el error se produce por descuido o negligencia del sujeto activo del delito, siendo en este caso un error evitable (error vencible) que deja la posibilidad de sancionar la conducta como culposa si es que existe sanción para la conducta por dicha vía, como en el caso de la enfermera del ejemplo. A contrario sensu si el error se ha producido por situaciones que no puedan superarse de manera diligente (error invencible) se excluye el dolo y la conducta es impune como en el caso del repartidor de pizzas.

• Error sobre el nexo causal.

En primer lugar abordaremos los casos en los que el error se produce en el conocimiento del desarrollo del suceso que conduce al resultado o dicho doctrinariamente al error sobre el nexo causal que de acuerdo a la dogmática merecen un tratamiento especial. En estos casos que son propios de los delitos de resultado, el autor deberá representarse o tener conocimiento del peligro que su acción representa para el bien jurídico tutelado, y que ese peligro será traducido en una lesión al objeto de protección de la norma. Esto significa que el autor debe tener conocimiento que el resultado producido coincide esencialmente por el nexo causal, con la acción por el desplegada, por ejemplo A quiere matar a B de forma instantánea con un disparo de arma de fuego; B, sin embargo muere después de varias horas de agonía³⁸⁸. En el caso del ejemplo si bien es cierto la muerte no ocurrió en el momento que A esperaba ocurriera, el resultado siempre se produjo, de allí que se exija una coincidencia esencial y no una coincidencia total. En este caso el error resulta irrelevante.

Lo antes planteado nos ayuda a comprender que para que un error de tipo sea relevante en razón al nexo causal debe haber una divergencia esencial entre la acción

388 BACIGALUPO, Enrique: "Manual..." Op. Cit. p. 109.

desplegada, el resultado esperado y el resultado producido. Hay divergencia esencial cuando el resultado ocurre fuera del marco dentro del cual se puede considerar que entre acción y resultado existe una relación de adecuación, a partir de este punto de vista se introduce en el nivel del dolo la teoría de la causalidad adecuada como un correctivo de la teoría de la equivalencia de las condiciones³⁸⁹.

Frente a esta situación se levanta una tendencia que cada vez domina más en el sentido de que los casos planteados de error de tipo sobre el nexo causal, no son un problema del dolo sino de la imputación objetiva. Si el resultado no representa la concreción del peligro causado por la acción faltará la imputación objetiva y por lo consiguiente no será necesario entrar a discutir el dolo. Esta concreción del peligro para que sea objetivamente imputable deberá estar determinada porque el resultado se manifiesta por una de las formas posibles de acabar el suceso alcanzándose la meta que el autor se ha propuesto, ejemplo: X arroja a Y desde el puente para que muera ahogado en el río; Y muere a consecuencia de los golpes que recibe en la cabeza al chocar contra uno de los pilares del puente.

En este caso el resultado es objetivamente imputable pues se concreta en él uno de los riesgos representados por la acción y puede afirmarse la existencia de dolo respecto de él porque este riesgo de la acción está ya contenido en la experiencia del autor³⁹⁰ y aunque los hechos no coincidan totalmente la diferencia no es esencial y por lo tanto no hay razón para la exclusión del dolo³⁹¹. Por el contrario no habría dolo si el resultado que el autor se representó no era el resultado objetivamente imputable, sino un resultado distinto, por ejemplo X le quiere jugar una broma a Y arrojándolo al agua, Y muere a consecuencia de golpes que se produce en la orilla al borde de la piscina. En este caso el autor ha infringido la norma llevando los hechos en forma consciente a la producción de un resultado, la diferencia está en que el resultado producido no es el esperado, y aunque sea objetivamente imputable no se puede decir que este sea doloso.

• Error en la persona.

El error en la persona es en realidad un error sobre la identidad de la persona. Este tipo de error es irrelevante, así lo determina la opinión dominante de la doctrina, por lo tanto no determina la exclusión del dolo, ya que la ley lo que exige es que se de una manifestación de la conducta punible, por ejemplo querer matar a otro.

Ejemplo A quiere matar a B y sabe que todas las noches transita por el mismo lugar, cierto día prepara el plan de ejecución, lleva su arma, se ubica en el lugar por

389 BACIGALUPO, Enrique: "Manual..." Op. Cit. p. 109.

390 BACIGALUPO, Enrique: "Manual..." Op. Cit. p. 110

391 BACIGALUPO, Enrique: "Lineamientos...", (1994), Ob. Cit., p. 91



donde B tiene que pasar y a la hora indicada dispara resultando que quien pasa no es B, sino C que es su hermano. Este es un caso de un error sobre la identidad de la persona y se sanciona como conducta dolosa ya que la motivación del agente activo del delito es matar a una persona, la descripción típica del homicidio, es como dice Bacigalupo, "el que matare a otro", en el caso planteado existe dolo de matar con la salvedad que se mata a una persona distinta a quien se pretendía matar. Cabe agregar que este error es irrelevante cuando los objetos de la acción tienen carácter de intercambiables³⁹². En el caso por ejemplo del que quiere matar a otro pero mata a su padre se excluye el dolo para el caso del homicidio calificado del art. 129 ordinal 1o. CP, pero subsiste el dolo del homicidio simple del art. 128 CP.

• Error en el golpe o aberratio ictus.

Es el caso en que el autor queriendo producir un resultado determinado, da con su acción sobre un objeto distinto del que quiere alcanzar, ejemplo A quiere matar a B, pero su disparo hace impacto en C; se yerra al momento de causar la lesión que produce la muerte. Para este caso se ofrece en la teoría dos soluciones: Algunos sostienen que estamos frente a un caso de error en la persona y que hay que darle el mismo tratamiento o sea sancionar por la conducta dolosa. Otros sostienen que el autor no logró consumar el hecho que quería y que por lo tanto hay que ver dos circunstancias: Tentativa de homicidio en contra de quien se pensó matar y homicidio culposo en quien efectivamente murió. La primera solución es la correcta³⁹³. Para la imputación objetiva el suceso acaecido se da dentro de lo que la experiencia demuestra como posible concreción del peligro de la acción, por lo tanto no sólo imputación objetiva sino también dolo.³⁹⁴

• Dolus generalis.

En estos supuestos hay también división de la doctrina. Mientras unos sostienen que el tratamiento adecuado de estos supuestos deberá estar determinado por el actuar del sujeto activo, otros sostienen que hay que valorar nada más el resultado producido. Al momento de realizarse la acción se obra con dolo, pero no se produce el resultado esperado, al producirse el resultado y serle al autor imputable objetivamente no ha obrado con dolo. Ejemplo A quiere matar a B y le propina una paliza hasta creerlo

392 BACIGALUPO, Enrique: "Manual..." Op. Cit. p. 110.

393 Hasta hace poco la posición dominante en la doctrina era la segunda, sin embargo Bacigalupo en la 3a. edición de los Lineamientos se adscribe a la segunda solución sosteniendo que es la correcta, de acuerdo con la teoría de la imputación objetiva ya que el autor quiso matar a otro y el resultado es la concreción del peligro representado por su acción.

394 En este sentido Bacigalupo aprueba el punto de vista de los seguidores de la teoría de la imputación objetiva por la claridad del planteamiento. BACIGALUPO, Enrique: "Manual..." Op. Cit. p. 111.



muerto, luego lo hecha al río con el objeto de hacerlo desaparecer, B muere pero a consecuencia de asfixia por inmersión. Para los partidarios de la posición planteada arriba y que es la posición dominante habría que perseguir por tentativa de homicidio y homicidio culposo en dos acciones diferentes, siempre y cuando el sujeto activo no se hubiera representado al momento de realizar la primera acción (dar la paliza para que muriera), realizar la segunda (lanzarlo al río), ya que si este último fuera el caso la conducta sería una sola consumada ya que si el autor desde el comienzo pensó ocultar el cadáver de la manera en que lo hizo, sólo habrá una desviación no esencial del nexo causal³⁹⁵. Por el contrario la posición minoritaria, la del dolo malo o dolo general sostiene que en este caso hay una sola acción con dolo general y hay que punirla como homicidio doloso consumado.

395 BACIGALUPO, Enrique: “Lineamientos...”, (1994), Ob. Cit., p. 93.



ANTI JURIDICIDAD Y CAUSAS DE JUSTIFICACION

CARLOS SOLÓRZANO TREJO *

SUMARIO:

Introducción; 1. Antijuridicidad. Aspectos Generales. 1.a. Concepto, 1.a.1. Concepciones: formal y material; objetiva y subjetiva 2. Las causas de justificación en general: 2.a. Conceptos, 2.a.1. Principios. 2.a.2. Fundamentos de la justificación, 3. Las causas de justificación en particular; 3.a. Cumplimiento de un deber legal, ejercicio legítimo de un derecho o una actividad lícita; 3.b. Defensa legítima o necesaria; 3.c. Estado de necesidad por colisión de deberes; 3.c.1. El consentimiento; 4. El Exceso en las causas de justificación.

INTRODUCCIÓN.

1. ANTIJURIDICIDAD. ASPECTOS GENERALES.

Uno de los fines del Derecho Penal es la protección de bienes jurídicos, de ahí que se pueda expresar, que cuando el autor ha realizado la conducta típica de una norma prohibida, el efecto que produce es la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico y para poder afirmar que dicho comportamiento es antijurídico se debe establecer además, de la realización efectiva del tipo penal la ausencia de causales de justificación que permiten realizar la conducta prohibida.

De acuerdo con lo anterior, la antijuridicidad como categoría del delito, permite que se conozca, si el que obra de acuerdo a un tipo penal, está o no amparado por una norma que permite realizar la conducta prohibida.

1.a. Concepto.

La expresión antijuridicidad señala la oposición entre el comportamiento realizado y el ordenamiento jurídico, además es un concepto que no pertenece al Derecho Penal en forma exclusiva, así como otras categorías de la Teoría del Delito, sino que es útil para todo el ordenamiento jurídico por ser consustancial al mismo aún cuando produzca efectos diferentes en cada uno de sus sectores. Asimismo se utiliza éste término para expresar que una acción u omisión es contraria al derecho sino concurre una causa de justificación que excluya la antijuridicidad. De acuerdo a lo anterior se

* Abogado de la República, Juez de Sentencia de San Miguel, capacitador de la Escuela de Capacitación Judicial.

puede predicar que es un elemento necesario para afirmar la existencia de un ilícito penal ya que en la medida en que no aparezcan causas de justificación, se fortalece inevitablemente la contradicción del comportamiento con el ordenamiento jurídico, por ello “la función del juicio de antijuridicidad, se reduce a una constatación negativa de la misma, es decir, a la determinación de si concurre o no alguna causa de justificación”³⁹⁶. De lo expuesto se infiere que: Una conducta típica, es antijurídica cuando es contraria al ordenamiento jurídico, por no estar amparada por una causa de justificación.

1.a.1. Concepciones formal, material, objetiva y subjetiva.

La doctrina ha elaborado diversas concepciones de la antijuridicidad y estas han perdido actualidad a través del tiempo, pero es importante darse cuenta de que manera se han enunciado en el desarrollo histórico de la dogmática penal, entre ellas se tienen las siguientes: La formal, material, objetiva y subjetiva, de las cuales es imprescindible conocer sus distinciones.

1.b.- Distinción entre concepción formal y material³⁹⁷.

1.b.1. Concepción formal.

Existe una oposición formal al Derecho, cuando la conducta realizada por el autor es adecuada al tipo penal y existe una contradicción con las normas del ordenamiento jurídico en general, ya se que estas prescriban un mandato o una prohibición, por ejemplo: Juan introduce veneno en un pastel y se lo envía a José quién esta cumpliendo años, éste recibe el pastel, lo parte y a la hora de la cena lo comparte con sus amigos. En este caso el comportamiento de Juan se adecua al tipo penal regulado en el art. 129, No. 4, del CP.

1.b.2.- Concepción material.

Existe una oposición material al derecho cuando el comportamiento ejercido por un autor, se puede adecuar a un tipo penal y producir daño a la sociedad, o que afecte o ponga en peligro los bienes jurídicos de mayor trascendencia social.

396 MUÑOZ CONDE, Francisco. “Teoría General del Delito”, reimpresión, Editorial Temis, Bogotá, Colombia, (1990), p. 83.

397 Con estas concepciones se ha tratado de dar respuesta al problema de la antijuridicidad formal y material, ya que tenía un significado distinto al de hoy. Se trataba de saber si además de las causas de justificación existentes en el Código Penal, habían otras, o si le era posible al intérprete, remitiéndose al contenido valorativo de la ley, deducir otras justificaciones que no estuvieren en ellas y con las cuales se podría permitir la realización de una acción típica. En el presente dicho problema ha dejado de ser relevante. BACIGALUPO, Enrique: “Lineamiento de la Teoría del Delito”, reimpresión, Editorial Astrea, Buenos Aires, Argentina (1978), p. 60.



1.b.3.- Concepción objetiva.

La antijuridicidad es objetiva, cuando no se recurre al contenido de la voluntad del autor para afirmar que la acción realizada y adecuada a un tipo penal es antijurídica, es la mera contradicción objetiva con el ordenamiento jurídico.

1.b.4.- Concepción subjetiva.

Nos encontramos en presencia de una concepción subjetiva de la antijuridicidad, cuando es indispensable que recurramos al contenido de la voluntad del autor, para predicar que su conducta típica es antijurídica, de lo anterior se infiere que si el Derecho dirige ordenes a los sujetos a quienes regula, es indispensable que estos puedan comprender las normas que lo integran, porque quien no pueda comprenderlas no será su destinatario y no actuara en consecuencia antijurídicamente; esta teoría está ligada a la teoría de los imperativos³⁹⁸ que entendía que la antijuridicidad dependía de que la persona que actuaba contra lo ordenado por el ordenamiento jurídico hubiera comprendido la prohibición de su conducta en el momento de obrar; por ello sin la comprensión de la contradicción del Derecho, estaría ausente la contradicción entre la conducta y el orden jurídico.

1.b.5.- Concepción intermedia.

Esta distingue el aspecto formal y material, también el objetivo y subjetivo, pero además expresa que las causas de justificación son eminentemente objetivas y por ello independientes en su subsistencia del estado psicológico del autor en el instante de cometer la acción supuestamente desaprobada.

La antijuridicidad será interpretada como un juicio negativo de valor por el cual se establece si el comportamiento adecuado al tipo se opone o no al ordenamiento jurídico en general, además, es necesario para afirmarla la constatación de una causa de justificación y la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico protegido, siendo por tanto un juicio objetivo y subjetivo lo que constituye una concepción mixta que incluye el desvalor de acción y del resultado.

1.c.- Antijuridicidad formal y material

Lo formal y lo material de la antijuridicidad son formas del mismo fenómeno, por ello se le denomina antijuridicidad formal a la elemental discrepancia entre un

398 La cual expresa: que las leyes contienen imperativos que son verdaderas órdenes. Los destinatarios de esas órdenes son, entonces, los sujetos de un determinado ordenamiento jurídico, que, consecuentemente, sólo son destinatarios de cada una de las órdenes en la medida en que estuvieren en condiciones de comprenderla; quien no pueda comprender una orden, tampoco podrá ser destinatario de ella. BACIGALUPO, Enrique: "Lineamientos..." (1978), Obra citada, P. 62.

comportamiento con el ordenamiento jurídico en general, es decir, entre la acción y la norma; se conoce como antijuridicidad material la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico amparado por una norma. De lo expuesto se deduce, que la simple oposición entre un comportamiento y una norma no puede ser considerada como contraria al Derecho, y no se puede catalogar como antijurídica la lesión o puesta en peligro de un interés o bien que no esté tutelado por una norma jurídica. De acuerdo con lo anterior no será antijurídico un comportamiento mientras no lesione un bien jurídico por mucho que se de la oposición formal o aparente entre la norma y la acción; por ello se afirma “ que la esencia de la antijuridicidad es por consiguiente, la ofensa a un bien jurídico protegido por la norma que se infringe con la realización de la acción”³⁹⁹, por ejemplo: Pedro ve un documento, el cual está firmado por Alejandro Salvador, artista muy famoso, observa bien la firma y por puro pasatiempo decide falsificarla, luego la muestra a sus amigos y después la destruye. En otro caso, Herminia, maestra de la Universidad “ Vida Nueva”, al impartir sus clases de Derecho Bancario, elabora un cheque por la cantidad de QUINIENTOS MIL COLONES, y para ello falsifica la firma del pagador José N., y hace uso de dicho documento en sus clases con fines didácticos; estos casos no constituyen un comportamiento antijurídico de falsificación de documentos tal como lo expresa lo estatuye la norma en el Art. 283 y 284 del CP, ya que el bien jurídico protegido por la norma no se ve afectado, por tanto la acción aún cuando es contraria a la norma, no es antijurídica.

2. LAS CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN EN GENERAL.

2.a. Concepto.

Las causas de justificación, son normas permisivas especiales del ordenamiento jurídico que no establecen prohibiciones ni mandatos, pero, expresan la posibilidad de permitir a las personas que neutralicen la prohibición o se liberen del cumplimiento de un mandato contenido en la ley penal cuando realizan un comportamiento.

2.a.1. Principios.

En el ordenamiento jurídico, encontramos una característica con la cual podemos darnos cuenta cuando estamos ante una causa de justificación, ésta característica es la exclusión de la pena⁴⁰⁰; pero resulta que ésta característica o dato también la poseen las causas de inculpabilidad que no se extienden a los partícipes y que no eliminan la responsabilidad civil y a las excusas absolutorias, las que afectan sólo a la

399 MUÑOZ CONDE, Francisco: “Teoría General ...”, (1990), Obra Citada P. 85.

400 BACIGALUPO, Enrique: “Manual de Derecho Penal”, (Parte general), segunda reimpresión, editorial Temis, Santa Fe de Bogotá, Colombia, (1994), P. 118.



punibilidad. Lo anteriormente enunciado, plantea el problema de cómo determinar por parte del juez, tribunal o intérprete del derecho, que una determinada circunstancia es una permisión para realizar un hecho ilícito, y no una causa de inculpabilidad o excusa absolutoria. Este problema se vuelve relevante para los operadores jurídicos, en cuanto que en la ley penal encontramos normas que determinan cuando una conducta adecuada al tipo penal no debe sancionarse con una pena, pero sucede que no todas esas circunstancias tiene el mismo carácter; “unas dejan la acción típica impune, porque excluyen lo ilícito, otras provocan la impunidad, porque eliminan la culpabilidad, por Ej. El error de prohibición invencible y otras circunstancias porque determinan directamente una renuncia de la pena”,⁴⁰¹ como el caso del desistimiento en la tentativa, Art. 26 del CP. La forma más efectiva para distinguir las causas de justificación de otras que también excluyen la pena, pero no lo ilícito “es recurriendo a un principio o a varios principios de justificación, es decir, a principios pre-legales que determinan cuales son las circunstancias que tienen carácter justificante”.⁴⁰² Se les llama pre-legales porque son indispensables para interpretar la Ley, ya que ellos, no sería posible deducirlos de la misma.

2.a.2. Fundamentos de la justificación.

Los principios de justificación han dado lugar a la estructuración de la teoría monista y la teoría pluralista.⁴⁰³ La primera trata de sintetizar todos los casos de justificación operando con un único principio y la segunda que admite varios principios y por ello opera con más de uno.

2.b.- Teorías Monistas.

Estas recurren a un alto grado de abstracción y formalidad para admitir los supuestos que creen son justificantes, por ello, “ se ha sostenido que son causas de justificación las que responden a la idea de más utilidad que daño social”⁴⁰⁴ ó de “utilización de un medio adecuado para alcanzar un fin reconocido por el orden jurídico”,⁴⁰⁵ la colisión de intereses, la función protectora de los bienes, la ponderación de valores, la teoría del fin, la adecuada reglamentación social de los intereses y contra-intereses. Estos criterios enunciados son muy amplios para distinguir entre causas de

401 BACIGALUPO, Enrique: “Lineamientos de la Teoría General del Delito”, Tercera Edición, renovada y ampliada, Editorial Hammurabi, Buenos Aires, Argentina, (1994), P.102.

402 BACIGALUPO, Enrique: “Manual...”, (1994), Obra Citada, P. 119.

403 BACIGALUPO, Enrique: “Manual...”, Ob. Cit. P.119.

404 Así SAUER Citado por BACIGALUPO, Enrique: “Manual...”, Ob. Cit. P. 119

405 Así GRAF ZU DOHNA, Citado por BACIGALUPO, Enrique: “Manual...”, Ob. Cit. P. 119.

justificación y las que no lo son; dependiendo tal distinción de la valoración de lo que es socialmente útil o adecuado para llegar al fin aceptado por el Derecho. Estas teorías han sido abandonadas por utilizar conceptos indeterminados que no pueden explicar la naturaleza de todas las causas de justificación en concreto, porque cada una responde a ideas distintas a la mezcla de muchas de ellas.

2.c.- Teorías Pluralistas.

Son las dominantes, infieren de la naturaleza de lo ilícito varios principios cuyo objeto es explicar porque algunos casos deberán reconocerse como causas de justificación y, así se afirma: “que considerando la esencia de lo ilícito como una lesión de intereses sólo cabe aceptar dos principios justificantes: el principio de la ausencia de interés en la protección jurídico-penal por parte del autor y el principio del interés preponderante”⁴⁰⁶.

La ausencia de intereses hace referencia al consentimiento del ofendido, determinando su efecto justificante. El interés preponderante que apoya el carácter justificante de la defensa necesaria o legítima y del estado de necesidad, y del ejercicio de deberes especiales dando por ello el orden jurídico en éstos casos, primacía a un interés o bien jurídico sobre otros, en consecuencia la lesión o puesta en peligro en esas circunstancias, debe de considerarse justificada, no obstante el principio de interés preponderante se interpreta de diversas maneras, en el caso del estado de necesidad es preponderante la salvación del interés jurídico de mayor valor que el sacrificado, en la defensa legítima, en el cumplimiento de un deber, en el ejercicio de una profesión u oficio y en el ejercicio de un derecho, es preponderante un bien jurídico que es independiente al de los bienes jurídicos en juego.

Actualmente se trata de reducir el valor explicativo otorgado a los principios expuestos, afirmando que por Ej. “como consecuencia de la intervención de una contranorma debe caer o eliminarse tanto lo ilícito del resultado como lo ilícito de la acción, más no es posible decir esto de todas las causas de justificación, dado que en particular estas se basan en muy diversas combinaciones de factores justificantes”⁴⁰⁷; el panorama de la evolución de los principios justificantes se completa con la afirmación de que el “catálogo de causas de justificación no quedará nunca cerrado”⁴⁰⁸ ó de que “el número de causas de justificación no puede determinarse definitivamente”⁴⁰⁹ ó de que “el proceso de concreción y tipificación de los principios de la justificación han sido

406 BACIGALUPO, Enrique, “Manual...” Ob. Cit. P. 119.

407 Así JESCHECK, Lehrbuch, citado por BACIGALUPO, Enrique: “Manual...”, Ob. Cit. P. 120.

408 Así JESCHECK, Lehrbuch, citado por BACIGALUPO, Enrique: “Manual...”, Ob. Cit. P. 120.

409 Así STRATENWRTH, citado por BACIGALUPO, Enrique: “Manual...” Ob. Cit. P. 120.



sustituídos por una decisión referente a los casos que deben regirse por las reglas que gobiernan ésta categoría. Es decir lo que funda lo especial de una circunstancia como causa de justificación, es la decisión referente a que esa circunstancia debe tratarse de acuerdo a las reglas de justificación⁴¹⁰.

2.d. Aspectos generales.

El orden jurídico se estructura de normas prohibitivas e imperativas, pero no sólo de esas, sino también de preceptos que autorizan a las personas a realizar en principio, hechos prohibidos y es así, que el legislador en algunos tipos penales describe aquellos comportamientos que quiere que no se realicen por parte de los ciudadanos, y esa descripción es lo que constituye la materia de prohibición; pero también existen casos en que el orden jurídico permite que se realice el hecho "en cuanto hay razones políticas, sociales y jurídicas, que así lo aconsejan"⁴¹¹; y en estos casos por la presencia de una causa de exclusión de la antijuridicidad, el hecho típico se convierte en lícito o aprobado. Por lo anterior es importante conocer los aspectos generales de las causas de exclusión de la responsabilidad que a continuación se estudian:

2.d.1. Fuentes

Las causas de justificación se encuentran en principio en el Código Penal, específicamente en el Art. 27 No. 1, 2 y 3, con un carácter abstracto; pero no sólo provienen de la Ley Penal en su Parte General y Especial pues el concepto de antijuridicidad es unitario, por lo que un comportamiento no puede ser simultáneamente opuesto y de acuerdo al derecho, por ello, las causas de justificación deben buscarse también en ordenamiento jurídico en su totalidad, por tanto estas surgen de fuentes distintas tales como por ejemplo del Derecho Civil: cuando el que ejerce el derecho de retención retiene una cosa ajena, no comete el delito de apropiación indebida, porque a pesar de realizar la acción típica de apropiación de cosa ajena, esta justificado, de acuerdo al Art. 2221 del CC; del Derecho Administrativo, cuando sus normas o reglamentos determinan competencias para los funcionarios a realizar algo, en éste caso "son con respecto al Derecho Penal, normas que pueden tener carácter de causa de justificación"⁴¹²; del Derecho Procesal Penal, por ejemplo cuando el agente de autoridad que en cumplimiento de un deber detiene a un delincuente, no comete el delito de privación ilegal de libertad regulado en el Art. 148 del CP, porque si detener a otro es una acción típica, su acción aparece permitida por las normas procesales que autorizan la detención, Art. 290 del CPP, y por ello no es antijurídica. De acuerdo con

410 BACIGALUPO, Enrique: "Manual..." Ob. Cit. P. 120.

411 MUÑOZ CONDE, Francisco: "Teoría General..." Ob. Cit. P. 91.

412 BACIGALUPO, Enrique: "Lineamientos...", (1978), Obra Citada, P. 72.

todo lo anteriormente expuesto se concluye que el inventario de las causas de justificación es un listado expansivo.

2.d.2.- Fundamento de la justificación.

Las causas de justificación dan a las personas un determinado derecho de necesidad, el cual se puede ejercer por cualquier medio siempre que sea adecuado y necesario para alcanzar el resultado propuesto, por ello “el fundamento de la justificación es precisamente la necesidad por la cual el autor realiza una acción típica”⁴¹³; el autor de una acción típica, no podrá realizar, otra acción, sino la adecuada y necesaria para salvar el bien jurídico, que es el fin.

2.d.3.- Autorización u obligación.

La causa de justificación, puede originarse de una autorización que la norma penal determina para otro, como en el caso que se permite actuar u omitir en defensa necesaria, Art. 27 No. 2 del CP, o puede provenir de una obligación del sujeto para realizar una acción mandada por el Juez o Tribunal y el ordenamiento jurídico, por ejemplo: el ejecutor de embargos, que en cumplimiento de una orden de un Juez o Tribunal, embarga o secuestra los bienes muebles de la casa de un deudor, y retira los de mayor valor, para garantizar el pago de la obligación; todo esto lo hace en cumplimiento de una orden judicial y no por que el orden jurídico lo faculte a hacerlo, Art. 612 y 613 del CC.; en ambos casos, la fuente de la permisón es irrelevante, ya que él, obra por una obligación o autorización legal.

2.d.4.- Extensión⁴¹⁴.

Algunas veces en la realización del tipo penal concurren autores y partícipes (Instigadores y Cómplices) que responden por su acción ilícita en la medida de su participación, pero si el obrar de aquellos, resulta amparado por una causa de justificación, el beneficio que produce se extiende tanto al autor de la acción típica, como a quienes le han prestado ayuda a realizarla. “Todas las personas que hayan participado, aun cuando no hayan sido autores y simplemente hayan prestado una ayuda, se beneficiaran de la justificación; todos resultan igualmente justificados”⁴¹⁵ y se elimina su responsabilidad Penal, Administrativa y algunas veces Civil; ya que según el Art. 117

413 BACIGALUPO, Enrique: “Lineamientos...” Ob. Cit. P. 73.

414 Este es uno de los puntos más importantes para distinguir las causas de justificación de las llamadas causas de inculpabilidad, que no benefician sino a aquel a quién concurren concretamente. BACIGALUPO, Enrique: “Lineamientos...” Ob. Cit P. 74.

415 BACIGALUPO, Enrique: “Lineamientos...” Ob. Cit P. 74.



del CP, “la exención de la Responsabilidad Penal declarada conforme al número 3 del artículo 27..... no comprende la de la Responsabilidad Civil “- así tenemos que - “en los casos del número tres será civilmente responsable la persona en cuyo favor fue precavido el mal, en proporción del beneficio recibido. Si tal proporción no es determinable, el juez o tribunal la establecerá prudencialmente .”

2.d.5. Límites de las causas de justificación.

Solamente serán amparados por las causas de justificación, los daños producidos en los bienes jurídicos que pertenecen al sujeto que provocó la agresión, del cual hay necesidad de defenderse, y en los casos de los señalados en el Art. 117 del CP, ya que “la justificación se da siempre en función de la protección de bienes jurídicos”⁴¹⁶; en consecuencia, no serán amparados los bienes jurídicos o la lesión de aquellos intereses, que pertenezcan a un tercero, que no es el agresor, por ejemplo: Luis para defenderse de una agresión ilegítima de Pedro, utiliza el jarrón de Alejandro, y lo destruye, quién no tiene ninguna participación en la agresión; en este caso, deberá Luis responder por los daños ocasionados al jarrón, indemnizando a su dueño.

2.d.6 Ausencia de provocación

Sólo es permitido al autor de un hecho punible actuar justificadamente, cuando no haya producido la situación por la cual se justifica su conducta, de lo contrario, si él ha generado la situación por la cual es procedente la causa de justificación, no le será posible ampararse en ella y excluir su responsabilidad, “la creación intencional de la situación en la que procede una causa de justificación no da lugar a justificación,”⁴¹⁷, excepto cuando se produce un exceso en el ejercicio de la causa de justificación, por ser esta contraria al ordenamiento jurídico y rebasar los límites permitidos produciendo una lesión al bien jurídico del provocador, en este caso se le permite reaccionar defendiendo su derecho.

2.e. Elementos.

Las causas de justificación en general tienen elementos objetivos y subjetivos y para que un comportamiento sea declarado justificado no es suficiente que se de objetivamente la situación permisiva, sino que es necesario que su autor conozca esa situación, por ello en el momento de realizar el juicio de antijuridicidad es necesario interrogarse, si la justificación depende de la concurrencia de elementos objetivos, o si es necesaria la presencia también de los elementos subjetivos, por tanto pasaremos a conocer ambos elementos.

416 BACIGALUPO, Enrique: “Lineamientos...”, Ob. Cit P. 74.

417 BACIGALUPO, Enrique: “Lineamientos...”, Ob. Cit P. 74.

2.e.1. Aspecto objetivo.

El tipo penal se divide en un aspecto objetivo y subjetivo, de igual forma, con las normas que contienen las causas de justificación es factible hacer la misma división, siendo procedente hablar de tipo objetivo y subjetivo. De esa forma la descripción que el legislador hace de la conducta permitida, corresponderá a la que denominamos tipo objetivo, y este exige que concurren los elementos externos para que sea justificada, por Ej.: Nora vivía con su madre Ligia y su padrastro Salomón, en una casa de dos plantas; Salomón reiteradamente golpea a la madre de Nora, por lo que ésta ha decidido matarlo; el día decidido, toma un arma de fuego y llega al cuarto donde se encuentra su madre, siendo golpeada por su padrastro, abre la puerta y descarga cinco balazos sobre él, dándole muerte en el instante; pero sucede que Salomón iba a matar a Ligia con un machete que portaba. Por lo anterior inferimos que Nora, desde el punto de vista objetivo actuado en defensa de su madre, que en ese momento era atacada. Esto si sólo se necesitara la concurrencia de elementos objetivos, Nora habría actuado en legítima defensa, Art. 27, No. 2 del CP. Pero la tendencia actual exige la concurrencia de elementos subjetivos de la justificación, por ello “el que obra en una situación de justificación, sólo obrará justificadamente si ha conocido las circunstancias de las que surgen la autorización de obrar”⁴¹⁸.

2.e.2. Aspecto subjetivo⁴¹⁹.

El tipo subjetivo de la justificación se da cuando, el que realiza una acción típica, tiene conocimiento de la situación objetiva en la que el orden jurídico le permite obrar, de que está amparado por una autorización, y por ello sólo obra justificadamente si ha conocido las circunstancias de las que surge la autorización de actuar. En otras palabras, es necesario que el autor de la acción justificada tenga conocimiento de la situación que origina la causa de justificación, así, él que obra u omite en cumplimiento de un deber legal, en ejercicio legítimo de un derecho o de una actividad lícita, tiene que actuar con conocimiento de que así lo hace, el que actúa u omite en defensa de una persona o de sus derechos, o en defensa de otra persona y de sus derechos, tiene que conocer que es agredido en forma ilegítima y tener conocimiento de defenderse o defender a otros, “para la justificación de una acción no es suficiente, por tanto, que el autor alcance un resultado objetivamente lícito, sino que es preciso, además, que haya actuado acogiéndose en su voluntad la consecución de ese resultado”⁴²⁰.

418 BACIGALUPO, Enrique: “Lineamientos...”, Ob. Cit. P. 75-76.

419 La exigencia del elemento subjetivo de la justificación, da lugar a plantear soluciones especiales, para los casos en que concurren los elementos objetivos, pero que hay ausencia de los subjetivos, considerando que en tal caso el tipo penal no es consumado, sino, imperfecto o tentado. Así MEZGER, citado por GACIGALUPO, Enrique: “Lineamientos...”, Ob. Cit. P.76

420 MUÑOZ CONDE, Francisco: “Teoría General...”, Ob. Cit. P. 94.



No actúa por ejemplo en legítima defensa Juan que mata por venganza a su enemigo Luis, sin saber que la víctima, lo estaba esperando en el mismo lugar, para darle muerte; en este caso se excluye la legítima defensa, porque Juan no sabía subjetivamente que estaba defendiéndose de una agresión antijurídica de otro; de igual forma el que actúa u omite en estado de necesidad debe conocer la colisión de bienes o de deberes en que se encuentra y tener conocimiento que con su actuar salvaguarda uno de ellos. “En síntesis la justificación requiere el conocimiento de la situación justificante”⁴²¹. Si falta el elemento subjetivo el acto no se justifica y es antijurídico.

En la actualidad el punto de vista dominante requiere que concurran ambos elementos y el que se combine ambos criterios (objetivo y subjetivo) resulta adecuarse “mejor a una estructura de lo ilícito que reconoce un disvalor de resultado junto a un disvalor de acción y que, en la teoría de la justificación debe requerir paralelamente la exclusión tanto del disvalor del resultado como del disvalor de acción”⁴²².

3. LAS CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN EN PARTICULAR.

El inventario de las causas de justificación es expansivo e imposible precisarlo, por ello en este caso sólo se plantearán, las excluyentes de responsabilidad penal que en la práctica se dan con mayor frecuencia, y entre ellas tenemos: el cumplimiento de un deber, ejercicio legítimo de un derecho o actividad lícita, el caso especial de la obediencia jerárquica o debida, la defensa necesaria o legítima, y el estado de necesidad, todas estas causas están reguladas expresamente en el Art. 27, No. 1, 2 y 3, de la Parte General del Código Penal; así como el consentimiento del ofendido, el cual no ésta regulado expresamente como una causa de justificación, pero que tiene los mismos efectos y está regulado en el Art. 197, de la Parte Especial del Código Penal.

3.a. Cumplimiento de un deber legal, ejercicio legítimo de un derecho o una actividad lícita.

En nuestro Código Penal el Art. 27 No. 1, hace referencia al cumplimiento de un deber legal, ejercicio legítimo de un derecho o de una actividad lícita como si fueran tres categorías jurídicas diferentes, pero en realidad se limita a dos categorías: al cumplimiento de un deber y al ejercicio de un derecho o actividad lícita que a continuación se comentan:

421 BACIGALUPO, Enrique: “Lineamientos...”, (1978), Obra Citada, P. 76.

422 BACIGALUPO, Enrique: “Lineamientos...”, (1994), Obra Citada, P. 121.

3.a.1. Incumplimiento de un deber legal.

Esta exigente de responsabilidad Penal “es la que mas claramente tiene el carácter de causa de justificación”⁴²³, aunque no hubiese sido mencionada expresamente en el Art. 27, No. 1 del CP, siempre tendría efectos justificantes. El cumplimiento del deber permitido, es siempre el que se realiza dentro de los límites que la ley establece y conforme al Derecho y no de carácter moral. El cumplimiento del deber, sólo se tendrá como causa de justificación cuando colisione con otro deber, esta colisión no tiene ninguna diferencia con el estado de necesidad por colisión de deberes y por ello debe regirse por las reglas de éste último, por Ej.: Alonso, Agente de la Policía Nacional Civil, se introduce en un lugar no abierto al público, donde se esta realizando un delito de violación, de igual forma es el caso en que René, Médico de turno del Hospital Militar, recibe a tres personas lesionadas gravemente y sólo salva una de ellas, por no tener los instrumentos idóneos, ni suficientes para salvar a otras. En éstos casos donde colisionan deberes es suficiente con que el agente de cumplimiento a uno cualquiera de los deberes para que su conducta sea lícita y se pueda invocar causa de justificación.

3.a.2. Ejercicio legítimo de un derecho.

El ejercicio de un derecho que se justifica es aquel que se realiza dentro de los límites que la Constitución de la República y la ley establece; “Cuando el ejercicio de un derecho recae sobre bienes jurídicos propios, excluirá directamente la tipicidad”⁴²⁴, por Ej.: Juan no realiza el delito de hurto al apoderarse de un reloj cuyo valor es el de cincuenta mil colones, porque es de su propiedad, Art. 207 del CP; asimismo no viola secretos de terceros el que lee sus propias cartas, Art. 184 del CP, y Luis no viola comete el delito de Allanamiento de Morada, al penetrar a su casa de habitación abriendo con una llave falsa, Art. 188 del CP. Pero cuando recae sobre bienes jurídicos ajenos, nos encontramos en presencia de una causa de justificación, y ésta dependerá de que concurren los presupuestos del ejercicio del derecho; en estos casos se tratará de una autorización particular y específica, para la realización de un tipo penal, por Ej.: la acción del padre que castiga a sus hijos haciendo uso del derecho de corrección para educarlos, corregirlos y formarlos de la mejor manera posible; tiene que ser moderada, por que tiene sus limitaciones en el Art. 200 del CP, cuando se expresa “ El que ejerciere violencia sobre su cónyuge o sobre la persona que conviviere maritalmente o sobre sus hijos o los hijos de aquéllos, sujetos a la autoridad paternal, pupilo, menor incapaz sometido a su tutela o guarda, o en sus ascendientes por medio de actos que no tengan una pena mayor señalada en este Código, . será sancionado con prisión de seis meses a un año”. En estos casos la Ley expresa que debe aplicarse la Ley contra la violencia intrafamiliar antes que el Código Penal “. Igual sucede cuando el dueño de un hotel

423 MUÑOZ CONDE, Francisco: “Teoría General...”, (1990), Obra Citada P. 115.

424 BACIGALUPO, Enrique: “Lineamientos...”, (1985), Obra Citada, P. 76.



retiene las pertenencias del huésped por no cancelar el pago de la habitación de la cual ha hecho uso; también cuando el transportista de materiales de construcción retiene dichos productos porque el que lo contrata para realizar el servicio no le paga el precio del transporte de la carga; en estos casos el que retiene no comete delito de apropiación indebida porque ejerce un derecho regulado en el art. 2221 del Código Civil.

3.a.3. El ejercicio de una actividad lícita.

El ejercicio de una actividad lícita, sólo entra en consideración como causa de justificación en la medida que tal actividad impone un deber o acuerda un derecho especial. Es totalmente cierto que quien ejercita una actividad lícita no puede incurrir en un comportamiento antijurídico que está tipificado en la ley, porque de ser así, se estaría negando la unidad del ordenamiento jurídico y permitiendo que alguna conducta fuera simultáneamente permitida y prohibida. La actividad lícita es aquella que abarca todo tipo de profesión u oficio protegido por el ordenamiento jurídico y una modalidad del ejercicio de un derecho.

Esta causa de justificación para que concurra necesita de los requisitos siguientes:

- a) Que el agente ejerza efectivamente la profesión u oficio para que exista la actividad, sólo así podrá ampararse en ella; Ej.: El médico está obligado a ejercitar su actividad curativa y obrar por sí mismo y no confiar o delegar la actividad al médico asistente;
- b) La actividad del agente debe ser lícita, ya que de no ser así, no estaría amparada por esta eximente, por ello en ningún momento estaría justificada la actividad desplegada por un extorsionador o un traficante o poseedor de drogas;
- c) Cuando se despliega la acción esta debe ser de acuerdo a la ley, por lo que el ejercicio de la actividad debe ser legítima, es decir, dentro del orden legalmente regulado, Ej.: No está justificado que el médico ginecólogo una vez realizado el examen, viole a la paciente;
- d) El ejercicio de la actividad debe desplegarse respetando la dignidad de la persona humana, porque de lo contrario, la actuación sería un atentado contra el Estado Democrático de Derecho;

El ejercicio de la profesión u oficio ejercido efectivamente si es lícita y regulada por la ley debe respetar la dignidad humana para ser justificada, pero además, inevitablemente debe contener al elemento subjetivo; es decir, que el agente obre con la finalidad de ejercer la profesión u oficio. Como ejemplo de ejercicio de actividad lícita podemos señalar la profesión de Abogado, éstos al realizar su defensa o acusación técnica en interés de sus clientes realizan conductas, que a pesar de estar descritas en la ley, no son antijurídicas por que el fin es el ejercicio de la actividad legal. Así mismo,

no obra con la finalidad de ejercer la profesión el médico cirujano que para vengarse del amante de su esposa extirpa un órgano vital cuando este acude a sus servicios.

En la actividad deportiva se pueden ocasionar comportamientos típicos, los cuales pueden ser justificados siempre y cuando la actividad desplegada se enmarque dentro de las reglas del juego y reúna los requisitos de la causa de justificación.

3.b. Defensa legítima o necesaria.

La legítima defensa constituye el actuar u omitir en forma violenta contra cualquier persona que agrede a otra para proteger sus bienes jurídicos, siempre y cuando no haya provocado ésta la reacción defensiva, por ello es una causa de justificación.

El agredido ilegítimamente tiene el derecho de actuar en el momento en que es atacado, defendiéndose, tal como habría actuado el Estado en la protección de los intereses o bienes jurídicos agredidos; con ello se concreta la facultad de poder reafirmar el orden jurídico.

La legítima defensa o defensa necesaria tiene su fundamento en el postulado que expresa: “El Derecho no necesita ceder ante lo ilícito”⁴²⁵. Por ello se otorga a toda persona una posibilidad de defensa, de manera que no se genera responsabilidad penal, tal como lo establece el Art.27 No.2 del CP.

Según Luzón Peña, el fundamento de la legítima defensa es doble por tener dos aspectos, el individual y el supraindividual y uniendo a ambos la necesidad (objetiva para el ordenamiento jurídico) de defensa, afirmación y prevalimiento del derecho frente a la agresión antijurídica cuando esta todavía no ha triunfado.

3.b.1. Requisitos de la defensa legítima.

Para que surja el derecho de defensa es necesario que concurran los requisitos señalados en el Art. 27 No. 2º letra a, b y c, del CP, y éstos son lo que a continuación se expresan: Que la agresión sea ilegítima, actual o inminente, y que la defensa sea necesaria, racional, y que no haya sido provocada por parte de quien ejerce la defensa; éstos requisitos:

3.b.1.a. Agresión ilegítima.

El requisito indispensable para obrar en defensa de la persona y sus derechos o de personas extrañas y sus derechos es una situación que la haga necesaria y esta surge cuando se da una agresión ilegítima sobre bienes jurídicos tutelados por la ley, esto es lo que se conoce como situación de Defensa, lo que conduce a expresar que es ineludible su existencia para la concurrencia de los demás requisitos.

425 BACIGALUPO, Enrique: “Lineamientos...”, Ob. Cit., P. 64.



La agresión significa un ataque, daño o puesta en peligro de bienes jurídicos tutelados por la ley, pero según Luzón Peña, el concepto debe precisarse más: "Agresión es la acción de puesta en peligro doloso de algún bien jurídico"⁴²⁶.

La agresión puede ser activa u omisiva, no es necesario que la agresión sea violenta pero debe provenir siempre de una conducta humana que debe ser peligrosa para un bien jurídico particular, y que genere el derecho de defensa necesaria; "este requisito es el presupuesto de la legítima defensa y lo que lo diferencia de otras causas de justificación."⁴²⁷, de acuerdo al Art. 27 No. 2, Lit. A, del CP, de tal suerte que si los movimientos o actividad desplegados o la ausencia de ellos, no están dirigidos por la voluntad, no puede hablarse de legítima defensa contra ellos, pero si cabe el estado de necesidad.

La agresión no puede ser culposa⁴²⁸, aunque algunos expresan que sí, porque también estos comportamientos son de peligro para bienes jurídicos, que es lo necesario para la ley, y no puede ser culposa porque la agresión necesita el querer o poner en peligro un bien jurídico que no existe en las acciones imprudentes, por lo que contra dichas acciones sólo cabe el estado de necesidad.

El que sufre una agresión no autorizada, no ésta obligado a eludirla o tolerarla antes de ejercer el derecho de defensa; pero frente a un ataque de una persona que no tiene capacidad de culpabilidad, (un menor de 12 años, ó enfermo mental) el amenazado deberá intentar como mínimo eludir la agresión, antes de ejercitar ese derecho; porque ante estos sujetos, no es posible ejercer un derecho de defensa completo; en estos casos, no opera la ratificación del orden jurídico.

El artículo 27 No. 2 al plantear que la defensa necesaria sea de la persona y sus derechos o de otras y sus derechos, admite como defendible sólo bienes jurídicos cuyo titular es el individuo y excluye a los bienes de la colectividad, esta les la posición de la mayoría de los autores; la Defensa de los bienes jurídicos colectivos sólo le sólo le corresponde al Estado, debido a que la intervención de particulares en la protección de estos bienes resultaría peligrosa y sin resultado efectivos, por lo que no se admite la defensa frente a la agresión o bienes jurídicos comunitarios o pluripersonales cuyo titular es el Estado, tales como el Sistema Constitucional, a la existencia, seguridad y

426 Luzón Peña, Diego Manuel. "Estudios Penales", Promociones y Publicaciones Universitarias S.A.. Barcelona España, 1991. Pag. 121

427 MUÑOZ CONDE, Francisco: "Teoría General...", Ob. Cit. P.102.

428 "Frente a las acciones imprudentes carece de sentido y no puede desplegarse la función intimidatoria de la legítima defensa si el peligro no es inminente, lo procedente es avisar, tras lo que de seguir adelante la actuación se convierte de imprudente en dolosa.". LUZÓN PEÑA, Diego Manuel: "Estudios Penales", 1ª. Edic. (1991), Barcelona, España.

organización del Estado, la Fe Pública y la salud pública, tutelados en el Código Penal en los artículos, 340 a 349, 350 al 360, 279 al 289, 271 al 278, excepto que se agredan en forma directa bienes jurídicos personales.

Los bienes defendibles no son solo aquellos penalmente protegidos sino, también los constitucionales, así “Es posible la defensa de bienes cuyo titular es la sociedad ó el Estado cuando se trata de bienes de carácter individual en cabeza del ente estatal o de otras personas de derecho público, y cuando la agresión de los mismos afecta también al particular, por ej.: la defensa del medio ambiente o el orden económico social. En los demás casos, ello no es posible porque podría llevar a consecuencias desastrosas de tipo político,⁴²⁹ no obstante, que cualquier otro interés trascendente puede ser objeto de una agresión y por ello defendible.

3.b.1.2 Actualidad de la agresión

Una agresión no autorizada, puede ser actual o inminente. Es actual cuando es presente, y a comenzado el peligro para el bien jurídico y no haber terminando o desistido el autor de su agresión. Es inminente cuando no existe duda por parte del que la está viviendo, que es una acción próxima, inmediata o cercana con su inicio, mientras el peligro para el bien jurídico se mantenga y se pueda evitar sus efectos, la agresión es actual aún cuando no exista resultado pero cuando la agresión a cesado y no existe el peligro por desistir el agresor, haber fracasado o consumado el delito cesa también el derecho de defensa.

3.b.1.3. Necesidad de defensa

Cuando la agresión ilegítima a un bien jurídico crea un peligro contra este, el bienes jurídico y no está protegido y salvaguardado, por tal razón es necesario que su titular o un tercero lo defienda, ya sea impidiendo o repeliendo el riesgo, por ello, es incorrecto afirmar que si posible huir, acudir a la autoridad o esquivar la agresión por sí mismos, no hay necesidad de defensa.

La defensa no tiene que ser necesariamente más violenta, sino que puede ser cualquier conducta tipificada que se dirija al agresor y útil para impedir o repeler la agresión.

El medio para repeler la agresión será necesaria cuando sea el menos dañosos para el agresor, pero que sea eficaz para repelerla, de esta forma ante una agresión sin mucha trascendencia, será suficiente para utilizar un medio menos lesivo, pero si la agresión es de tal entidad que pone en riesgo bienes jurídicos trascendentes se tendrá

429 Velásquez Velásquez, Fernando. “Derecho Penal, Parte General”, Edit. Temis, S.A. Santa Fé, Bogotá, Colombia, 1994. Pag. 437.



que utilizar medios de defensa eficaces muy gravosos, de esa forma, una persona normal y capaz puede en el caso concreto, utilizar medios menos dañosos ante una agresión grave, por el contrario, una persona minusválida puede utilizar un medio muy fuerte ante una agresión no peligrosa.

En la defensa necesaria se pueden dañar bienes jurídicos de mayor trascendencia, que los puestos en peligro.

En la racionalidad de la defensa hay que entender que este término es una extensión del ámbito de justificación, porque señala que no es indispensable que después se establezca que el medio utilizado para repeler la agresión al bien jurídico era necesario, sino que es suficiente que en el momento de desplegar el comportamiento el agredido que se defiende y ante las circunstancias puede creer racionalmente que es necesario. Esto significa que si después se comprueba que el medio utilizado para su defensa no era estrictamente necesario, en caso de error invencible se puede afirmar la necesidad racional.

La medida de necesidad del procedimiento de defensa debe realizarse ex ante y de acuerdo a un criterio objetivo: lo racionalmente fundado para el hombre medio diligente, colocado en la situación del autor.

La reacción de defensa por parte del atacado, no necesita ser proporcional al daño causado con ella al agresor, respecto del daño que la agresión hubiere causado, si hubiera sido concretado. Esto en principio opera según lo expresado, pero tiene algunas excepciones, por Ej.: Ana Luisa se conduce por una calle oscura, y al paso le sale José que intenta violarla, ésta reacciona repeliendo la agresión, dándole muerte al agresor, con un arma que portaba; en este caso no tenía otra forma la agredida de evitar el hecho con menores daños, de ésta forma debe comprenderse la expresión "razonable" contenida en el Art. 27 No. 2, Lit. a del CP; por ello la agresión debe ser necesaria y razonable; esto es, que debe adecuarse dicha acción a fin de impedir o repeler la agresión actual o inminente, Art. 27 No. 2 Lit. b, del CP.

3.b.1.4. Ausencia de provocación suficiente.

Es un presupuesto de la defensa necesaria la falta de provocación de la agresión de parte del que se defiende, "La provocación suficiente no debe ser aquella que justifique el acto del agresor, pues de lo contrario este requisito sólo significaría que no hay legítima defensa contra hechos justificados".⁴³⁰

No hay provocación suficiente, cuando la ofensa, reto o desafío, no llega a irritar o a inducir al provocado a realizar una acción que devenga del estímulo que ha

430 BACIGALUPO, Enrique: "Lineamientos..." (1994), Obra Citada P. 110.

recibido, el cual lo conduzca a reaccionar en un estado de no comprender y dirigir sus actos. Art. 27 No. 2, Lit. C del CP; y si hay provocación suficiente “cuando constituye un estímulo tan poderoso que el provocado reacciona en un estado de incapacidad de culpabilidad”.⁴³¹ De acuerdo a lo expresado será entonces provocación suficiente aquella que determine un estado de inimputabilidad en el agresor y que excluya un derecho de defensa completo como por Ej. : los que se realizan frente a un enfermo mental, ebrios, niños, menores etc., por ser en éstos casos innecesaria la ratificación del orden jurídico. En resumen, “el que ha provocado suficientemente la agresión tiene limitado el derecho de defensa, que se reconoce cuando el que agrede lo hace en estado de inimputabilidad”⁴³² .

3.b.1.5. La proporcionalidad en la defensa.

En principio la defensa necesaria no exige que sea proporcional entre el daño que se causa para evitar la agresión y el que ésta hubiere causado, pero existen límites cuando se reconocen excepciones a esta regla. Así tenemos que no se admite un derecho de defensa cuando la desproporción entre la lesión o daño que se causa y la que hubiere causado la agresión, es exagerada, por Ej. la defensa que se hace, cuando unos sujetos se introducen a una propiedad con el objeto de apropiarse de un mango; la defensa de esa fruta no autoriza a privar la vida del que se apodere de ella, para hurtarla; igual es el caso de la defensa de la propiedad de una cosa de poco valor, no autoriza a producir lesiones graves al agresor, aunque estas sean necesarias para evitar que se apodere de la cosa y evitar el hurto.

También hay casos en que el agredido tiene límites para realizar la acción de defensa y, deberá emplear mecanismos o instrumentos que eludan la agresión de una forma apacible o manejable, aún cuando estos sean inciertos; como en los casos en que el agresor y el agredido están unidos por estrechas relaciones personales o familiares, padres, madres, hijos naturales o adoptivos, esposos, o compañeros de vida, o persona que cohabitan, por Ejem: Juan compañero de vida de Luisa, todas las tardes discuten por celos, y al calor de la discusión Luisa abofetea a Juan; en este caso, el marido no tiene derecho a matar a su mujer para impedir que lo agrede.

3.b.1.6 Defensa de otras personas.

Así como se actúa u omite en defensa propia, se puede actuar en defensa de otra persona (extraños o parientes), por ello, la acción de defensa, no sólo es propia, sino también de terceros, Art. 27 No.2, del CP; por Ej. Juan presencia el ataque sexual que sufre Ana, y para proteger el bien jurídico “libertad sexual “ de ésta, actúa

431 BACIGALUPO, Enrique: “Lineamientos...” (1985), Obra Citada P. 67.

432 BACIGALUPO, Enrique: “Lineamientos...” , Ob. Cit. P. 74.



lesionado al agresor evitando el delito de violación, ambas formas de defensa tienen el mismo fundamento, por lo que no deberá establecerse pautas que generen diferencias entre ellas.

3.b.1.7. Estado de necesidad.

El fundamento justificante del estado de necesidad es el interés preponderante que con la realización de la acción salva el autor, y lo que excluye la antijuridicidad es la necesidad de la lesión, unida al menor valor del bien sacrificado y al mayor del protegido; “la contrapartida de la justificación otorgada al autor es, naturalmente, el deber de tolerar impuesto al titular del bien sacrificado, que se ha denominado también deber de solidaridad recíproca”⁴³³ El estado de necesidad se presenta en dos formas: Por colisión de bienes o intereses y por colisión de deberes, los cuales trataremos a continuación:

3.c. Estado de necesidad por colisión de bienes o intereses.

3.c.1. Situación de necesidad.

La situación que se da en todo estado de necesidad, es la colisión de intereses o bienes jurídicos, en el que la pérdida de uno de ellos de menor o igual valor, es inminente por la posibilidad de salvación de otro de mayor valor, y habrá peligro inminente cuando el sacrificio de un bien jurídico se visualice como seguro o muy probable, por otra parte únicamente dará lugar a justificación, el estado de necesidad, cuando no haya sido ocasionado intencionalmente por el titular del bien jurídico amenazado o puesto en peligro. Art. 27 No. 3, del CP. Es indiferente que esta situación se origine de la acción humana o de la naturaleza.

3.c.2. Necesidad de la acción.

No se puede en ningún momento admitir como justificación, el hecho de sacrificar un bien jurídico, que no era necesario hacerlo. La acción por la cual se lesiona a otro bien o interés jurídico de menor o igual valor que el salvaguardado, debe ser necesaria para la supervivencia del interés rescatado, Art. 27, No. 3, del CP. Si el peligro podía eludirse de otra forma, sin lesionar el bien jurídico, no es necesaria la acción. El estado de necesidad sólo puede invocarlo, el que no tenga el deber jurídico de afrontarlo, y el que no ha provocado la acción de necesidad, por Ej.: René, médico de profesión, a aceptado el tratamiento de Daniel, quien padece de la enfermedad del Síndrome de Inmunodeficiencia Adquirida (SIDA), no podría alegar el peligro de contagio para abandonarlo y no darle el tratamiento adecuado; de igual

433 BACIGALUPO, Enrique: “Manual...” (1994), Obra Citada P. 128.

forma José, sargento del ejército salvadoreño, no podría invocar el estado de necesidad en el que se encuentra su vida, para abandonar el fragor del combate en defensa de la Patria. También el que ha provocado por sí o en forma culpable la situación de necesidad, tampoco puede invocar este estado, por Ej. Pedro provoca un incendio en su casa de habitación, el cual toma grandes proporciones, y para salvar su vida que está en peligro, destruye los ventanales decorados de la casa de su vecino José; en este caso Pedro no podrá el efecto justificante del estado de necesidad porque él es quien provocó el peligro del bien salvado.

3.c.3. Diferencia valorativa de intereses que colisionan.

El interés que se salva debe ser de mayor o de igual valor que el interés que se sacrifica. Para establecer la mayor jerarquía de los intereses en colisión es necesario que la situación de necesidad haya sido admitida como colisión de intereses o de bienes jurídicos.

La opinión tradicional limitaba el problema de la diferencia valorativa a la comparación de la jerarquía de los bienes que colisionan en la situación de necesidad; pero existe otra opinión más amplia que la anterior la cual propone la ponderación de intereses, y de acuerdo a ella "es posible tomar en cuenta otras circunstancias que rodean al conflicto de bienes jurídicos y que también son relevantes para su solución"⁴³⁴.

Esencialmente se deben tomar en cuenta tres aspectos para determinar la diferencia valorativa desde el punto de vista de los intereses jurídicos:

- a) Debe partirse de la relación jerárquica de los bienes jurídicos en colisión, por Ej. vida y propiedad.
- b) Debe tomarse en cuenta el merecimiento de protección de bienes jurídicos de mayor entidad en la situación social concreta, por Ej. la vida de la persona después del nacimiento es de mayor jerarquía que la vida humana en germen; esto atendiendo la pena que se impone a la lesión de estos bienes, sin embargo la práctica del aborto para salvar la vida de una mujer embarazada, ejecutándolo sin la voluntad de la madre, no puede ampararse bajo el estado de necesidad.
- c) La diferencia de valor de los intereses que colisionan debe ser esencial, no cualquier diferencia, sino una que marque la diferencia en función del interés que se salva.

434 BACIGALUPO, Enrique: "Lineamientos..." (1994) Obra Citada P. 113.



Está excluida del estado de necesidad la colisión de intereses, en el que la salvación de uno de ellos, exija la lesión de bienes jurídicos personales o individuales (vida, integridad corporal, etc.), como por Ej. extraer un riñón a una persona sin su consentimiento para trasplantarlo en otra, a quién se le salva la vida; en este caso la vida es de mayor jerarquía que la integridad corporal, pero los límites frente a bienes individuales excluye la aplicación del estado de necesidad justificante. "La razón de esta limitación reside en que la acción necesaria, en el estado de necesidad debe constituir un medio adecuado socialmente para la solución del conflicto"⁴³⁵.

3.c.4. Estado de necesidad por colisión de deberes.

El estado de necesidad por colisión de deberes surge, cuando a una persona le importa el cumplimiento de dos deberes jurídicos y le imponen (los deberes) al mismo tiempo el cumplimiento de conductas que son excluyentes, por Ej. como testigo en un proceso penal, Luciano "tendrá la obligación de declarar la verdad de cuanto sepa y le sea preguntado sobre los hechos que se investigan", esto de acuerdo al Art. 185 del CPP, mientras que Salomón como médico, sacerdote, o abogado, tendrá también la obligación de guardar el secreto, Art. 187, del CPP; en este caso de estado de necesidad, solamente habrá justificación⁴³⁶ cuando ocurre una colisión de deberes de igual jerarquía y se cumpla con uno de ellos, incumpliendo con el otro; de igual forma en el supuesto en que un médico tiene el deber de salvar la vida a un paciente en estado de agonía y a la vez, tiene el deber de evitarle sufrimientos inútiles, le aplica para calmar los dolores, medicamentos que provocan un alto riesgo de quitarle la vida. En ambos casos el que cumple con uno de los deberes que le importa, cumple con el derecho y actuar de acuerdo a él, significa estar autorizado.

Para que exista esta causa de justificación es necesario que se cumplan los siguientes requisitos:

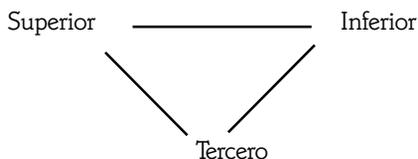
1. La existencia de un deber legal, no moral;
2. La necesidad de realizar el comportamiento descrito en la norma penal;
3. El deber debe ser limitado, no se trata de una facultad intensa que permita rebasar los límites en el ejercicio del cumplimiento del deber;
4. Desplegar el comportamiento con la finalidad de cumplir el deber legal.

435 BACIGALUPO, Enrique: "Manual..." (1994) Obra Citada P. 130.

436 "Un sector minoritario de la Doctrina, sostiene que el estado de necesidad, por colisión de deberes de igual jerarquía, sólo puede admitirse como causa de inculpabilidad, pero no de justificación." BACIGALUPO, Enrique: "Lineamientos...", (1994), Obra Citada P. 115.

3.c.4.1 La obediencia jerárquica o debida.

No actúa injustificadamente el Agente que en el cumplimiento u obediencia de una orden dada por un superior jerárquico, en una relación de derecho público realiza un comportamiento descrito en la ley como prohibida, toda vez que su actuar y la orden impartida se adecue a las prescripciones legales reguladas, pues en un Estado Democrático de Derecho se protege a quien obedece los preceptos legales. La obediencia debida es una hipótesis específica del limitado cumplimiento del deber de obediencia. En la causa de justificación del cumplimiento de una orden pervive la voluntad del superior jerárquico, la cual debe ser cumplida por el agente que no tiene decisión para obrar por sí mismo, sino que su actuar proviene de la iniciativa tomada por el que ordena. También se da una relación triangular entre el sujeto que emite la orden, entre quien la obedece y entre éste y quien soporta el daño cuando la orden se ejecuta. Esta relación se puede graficar de la siguiente forma:



El deber de obediencia a las órdenes dadas por un superior jerárquico está condicionado a que ellas sean lícitas, por Ej.: El Agente de la Policía Nacional Civil que detiene a una persona cumpliendo con la orden de detención provisional emitida por el Juez de Paz, Instrucción o de Sentencia, cumpliendo con las formalidades establecidas en el artículo 286 del Código Procesal Penal, realiza un comportamiento obedeciendo una orden lícita, y esta es de obligatorio cumplimiento para el que la recibe si no colisiona con otro deber de mayor jerarquía, por Ej.: "Si no colisiona con el deber de cumplir con la Constitución"⁴³⁷, dado que si existe este conflicto de deberes rigen entonces las reglas del estado de necesidad por colisión de deberes, ej. : El agente de la PNC que con orden del Juez competente penetra en un lugar cerrado buscando objetos con los cuales se ha cometido un delito, obra en el cumplimiento de una orden debida; otro ejemplo es el del Agente de Policía que secuestra bienes del imputado por órdenes del fiscal que investigó el caso concreto.

En un estado democrático de derechos se excluyen totalmente el cumplimiento de órdenes prohibidas por el ordenamiento jurídico y específicamente los que comportan una violación a los derechos humanos fundamentales; al darse ésta ordenes el que las cumple no puede ampararse en la obediencia jerárquica como causal de justificación porque una orden manifiestamente antijurídica no tiene efectos justificantes.

437 BACIGALUPO, Enrique: "Lineamientos...", (1994), Obra Citada, O. 119.



Es indispensable para cumplir una orden que exista una relación de Derecho Público entre dos personas, una que ordena y otra que cumpla la orden; por ello no se puede considerar como orden que justifique un hecho punible, la proveniente de padres hacia hijos o la dada por el patrón hacia el trabajador, porque esta relación es de derecho privado y carece de fuerza para su cumplimiento. Para que se configure esta causal de justificación es indispensable que se den los requisitos siguientes:

1. La concurrencia de una relación pública de subordinación entre el que manda y el que obedece;
2. La existencia de un mandato conducido por el que ordena al que obedece, orientado a lograr de éste un comportamiento específico;
3. El mandato debe ser conforme al derecho, es decir, tener un fondo lícito legítimo no un mensaje dirigido a cometer un hecho punible, por lo que no sería de obligatorio cumplimiento para el inferior; así, no es orden legítima la detención emitida por el Juez o Tribunal de forma verbal dirigida al Agente de la Policía ya que no cumple con el rito establecido por la ley; ej. No es lícito el mandato emitido por el jefe de la Policía al inferior jerárquico para que elimine a los vagos de la ciudad, (ladrones o prostitutas que deambulan por las calles) en cumplimiento de las famosas limpiezas sociales; estas ordenes son antijurídicas y el que las ejecute no puede ampararse en el cumplimiento de una orden debida.
4. El agente debe obrar con el propósito de conducir la orden emanada del superior jerárquico convencido y querido resolver el mandato.

3.c.5. El consentimiento.

El Código Penal no regula en su Parte General en forma expresa los efectos justificantes del consentimiento del ofendido y sólo lo trata en el Art. 147 en su Parte Especial, disposición en la cual se expresa que el consentimiento del ofendido no excluye las penas previstas para las lesiones, aún cuando mediare consentimiento libre, espontáneo y expreso de este, asimismo determina que es una eximente de la responsabilidad penal el consentimiento en los supuestos siguientes: a) Donación o trasplante de órganos y b) Las esterilizaciones y cirugía transexual. En ambos casos no hay responsabilidad penal si las acciones se hubieren realizado con arreglo a las disposiciones contenidas en el Código de Salud, y ejecutadas por un facultativo.

3.c.5.1. Distinción entre el consentimiento que excluye la tipicidad y la antijuridicidad.

Un sector de la doctrina hace la distinción entre el consentimiento que excluye la tipicidad y la antijuridicidad estableciendo algunos presupuestos para su eficacia, de

esa forma se debate cual es el ámbito donde éste debe de operar y así se hace la distinción siguiente: El consentimiento, excluirá la tipicidad cuando el tipo penal describe una conducta cuyo carácter ilícito está en el actuar contra la voluntad del sujeto pasivo, por Ej. “El particular que, sin habitar en ella se introdujere en morada ajena o en sus dependencias sin el consentimiento de quién la habitare, de manera clandestina o con engaño, o permaneciere en ella contra la voluntad del morador... Art. 188 del CP”; igual es el caso de la inseminación artificial a una mujer sin su consentimiento, Art. 156 del CP.

El consentimiento excluirá la antijuridicidad, cuando el obrar del autor importe ya una lesión de un bien jurídico, en cuya estructura típica no se incluya la exigencia del consentimiento, por Ej.: en el delito de Daños, “el que con el propósito de ocasionar perjuicio destruyere, inutilizare, hiciere desaparecer o deteriorare una cosa total o parcialmente ajena... siempre que el daño excediere de quinientos colones”, Art. 221, del CP. Sin embargo esta distinción es criticada por otro sector de la teoría y por ello se puede expresar que el consentimiento sólo tiene trascendencia cuando la lesión recae sobre un bien jurídico en el cual el ofendido tiene derecho de disposición; como por Ejem: ninguna persona tiene derecho a disponer sobre el bien jurídico vida o sobre la seguridad del Estado. “Por tanto cuando se trata de bienes jurídicos disponibles la realización del tipo requerirá siempre una lesión de la autodeterminación del sujeto pasivo o su ámbito de dominio autónomo”⁴³⁸, por lo que donde el consentimiento sea trascendente excluirá definitivamente en todos los casos la antijuridicidad por la exclusión de la responsabilidad penal.

3.c.5.2 Ambito de eficacia.

La eficacia del consentimiento depende del poder de decisión que el ordenamiento jurídico le dé al particular sobre el mantenimiento del intereses o bienes jurídicos, ya que él es su titular. Por ello se dice que “el consentimiento no tiene eficacia general”⁴³⁹ porque en principio, ese poder de decisión sólo es reconocido respecto al patrimonio en general, la libertad personal y la integridad corporal (en relación al delito de lesión), la disponibilidad de los bienes de contenido patrimonial no tiene límites, pero si la libertad personal y la integridad corporal, ya que no se pueden consentir acciones dañosas a la integridad corporal o a la dignidad humana, por tanto no se permite la esclavitud, servidumbre o cualquier conducta análoga.

3.c.5.3. Requisitos del consentimiento.

Hay bienes jurídicos que el sujeto pasivo tiene la facultad de disponer, en estos casos la eficacia del consentimiento depende de los requisitos siguientes:

438 BACIGALUPO, Enrique: “Lineamientos...”, (1985), Obra Citada P. 74.

439 BACIGALUPO, Enrique: “Manual...” (1994) Obra Citada P. 133.



- a) El sujeto que otorga el consentimiento, debe tener capacidad de comprender la situación en la que consiente, por tanto tendrá que entender la significación de su consentimiento respecto de la acción que lesionará el objeto de la misma.
- b) Debe ser anterior o concomitante a la acción realizada, ya que un consentimiento posterior es equivalente al perdón “por otra parte se debe haber mantenido hasta el momento de la acción, es decir: es retractable”⁴⁴⁰.
- c) No debe provenir de un error ni haber sido obtenido por engaño o amenaza del sujeto pasivo, para que sea un acto autónomo y elimine la lesión al interés jurídico.

En consecuencia, la eficacia del consentimiento depende de un consentimiento correcto del que lo otorga en relación a la gravedad del daño; esto es significativo en los casos de las intervenciones médico-quirúrgicas y tratamientos médicos, ya que es el fundamento del deber del facultativo de dar claridad al paciente respecto del tratamiento y sus consecuencias.

3.c.5.4. Consentimiento presunto.

El consentimiento es presunto cuando, el titular del bien o interés jurídico no ha podido otorgarlo, o no ha sido posible recibírselo. Se presume que el consentimiento debe haber sido emitido por parte del sujeto pasivo con anterioridad a la acción realizada, y nunca obtenerse mediante engaño o amenaza, ni provenir de un error. No es necesario que el sujeto que debe dárselo, tenga capacidad de comprender el significado de la situación en que debe concederlo, y sí es necesario, que el sujeto que realiza la acción y que se ampara bajo el consentimiento, haya obrado en interés del titular del bien jurídico, por Ej. Miguel, médico de profesión, estando de turno en el Hospital San Juan de Dios, recibe aún paciente en estado de inconsciencia, provocado por un accidente ferroviario, y en esa situación, sin contar con ningún pariente o persona que lo autorice, practica una operación médicamente indicada para salvarle la vida del accidentado. De igual manera, Andrés, conocido Fontanero, observando que en la casa de Roberto, se ha provocado una fuga de aguas negras, que pone en peligro de inundar todas las habitaciones y encontrándose el dueño de la casa fuera del país, penetra a la casa de éste y repara la tubería de agua, evitando la inundación prevista. En ambos casos el consentimiento es presunto por que se ha actuado en interés de los titulares de los bienes jurídicos, la conducta del que actúa es típica, pero no antijurídica, por estar autorizada por el consentimiento.

440 BACIGALUPO, Enrique: “Manual...”, Ob. Cit. P. 133.

4. EXCESO EN LAS CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN.

Cuando un autor realiza un hecho típico y antijurídico pero con exceso se disminuye su responsabilidad penal, no por su menor culpabilidad, sino por existir una disminución en el injusto penal; la desaprobación del hecho es atenuado cuando el agente con su comportamiento está protegiendo un bien jurídico que el ordenamiento jurídico le tutela y evitando la agresión antijurídica.

El exceso en las causas de justificación está regulado en nuestro Código Penal en el artículo 29 numeral 2, como una circunstancia que atenúa la responsabilidad penal, pero este exceso es de los límites establecidos para las causas de exclusión comprendidas en los numerales 1, 2 y 3 del mismo Código, cuando no lo genere una excitación o perturbación que lo hicieren excusable, y se tendrá en cuenta para la determinación de la pena según lo regulado en el art. 63, parte final del Código Penal, tomando en cuenta su número e importancia, tal como lo establece el inciso primero del art. 64 del mismo Código Penal. Esta prescripción abarca el comportamiento típico que rebasan los términos que la ley establece y por los cuales puede reclamar el amparo de una justificación.

Cuando el agente despliega su comportamiento dentro del marco de una causa de justificación, en principio su actuar es lícito, pero cuando rebasa el límite establecido en ella ya no puede invocarla y protegerse con la misma, porque su comportamiento se torna antijurídico y culpable. No obstante que es un acto típico, antijurídico y culpable el que se realiza en principio bajo justificación y al final ilícito, el codificador trata al excedido de un modo diferente de aquel que nunca a desplegado conductas en los límites de las causas de justificación y el tratamiento es atenuando la responsabilidad penal.

El exceso puede ser doloso o culposo, intensivo o propio. Es intensivo cuando al agente le basta con lesionar los brazos de su agresor para repeler el ataque, no obstante ello da muerte al inferirle lesiones más de lo racionalmente indispensable; es extensivo o impropio cuando la agresión ya no es actual o inminente, pues en estos casos faltan los requisitos esenciales de la agresión, es decir, cuando se llega más allá de los límites cronológicos, como por ej. Cuando el que es atacado reacciona, controlando el ataque de su agresor, logra vencerlo y teniéndolo indefenso procede a lesionarlo cinco veces más. Según Velásquez⁴⁴¹, existe también exceso consiente e inconsciente dependiendo de la presencia o no de la conciencia en el autor.

441 Velásquez Velásquez, Fernando, "Derecho Penal, Parte General", Editorial Temis S.A., Colombia, 1994. Pag. 453.



DELITOS DE OMISION

Ana Lucía Fuentes de Paz *

SUMARIO: Introducción. 1. Delitos de Omisión en General. 2. Concepto y Clases. 3. Diferencias entre los delitos de acción, delitos propios de omisión y delitos impropios de omisión. 3.a. Distinción entre omisión propia e impropia. 4. Estructura Típica. 4.a. Delitos de omisión propia. 4.a.1. Aspecto objetivo. 4.b. Aspecto Subjetivo. 4.c. Delitos de omisión impropia. 4.c.1. El principio de legalidad en el delito de omisión impropia. 4.c.2. Aspectos objetivo. 4.c.3. La característica de autor (posición de garante). 4.d. Aspecto subjetivo. 5. Antijuricidad. 6. Culpabilidad.

INTRODUCCION

El presente tema a desarrollar constituye un reto ante una materia que en su práctica ofrece tanta dificultad como lo son los delitos de omisión. Será objeto de enfoque, el aspecto evolutivo de la omisión, sus diversas conceptualizaciones, las marcadas diferencias que existen entre la acción y la omisión, la estructura de los delitos de omisión propia y omisión impropia, el problema del deber de garante, etc. Tal análisis se hará sobre la base de nuestra normativa jurídico penal.

De forma medular trataremos de visualizar el problema que a todos los juristas crea preocupación en cuanto a la omisión impropia, la cual requiere de una equiparación con las comisiones activas. Esto como se verá no es objeto de reciente valoración, ya que desde la antigüedad siempre han existido conductas punibles realizadas por omisión.

Fue desde finales del siglo XIX en época del causalismo naturalista, cuando en Alemania surge la necesidad de establecer la punición de estas conductas en la que la acción constituía el elemento básico del sistema jurídico-penal, tomando en cuenta que las omisiones son también causantes de resultado aún cuando en ellas no exista una causalidad eficiente (hipotética).

En la actualidad existen dos posturas respecto a la omisión: una que comprende a la omisión como una forma de comportamiento junto a la acción (posición dominante), y otra, que crea un supraconcepto que engloba tanto a la conducta activa como a la omisiva, de los cuales nos ocuparemos más adelante.

La historia de los delitos de omisión como ya dijimos, es antigua, han sido considerados como “los parientes pobres” de los hechos punibles según Novoa Monreal,⁴⁴²

* Coautora del libro “Manual de Derecho Penal, parte general”, “Manual de Derecho Penal, parte especial; elaboró el artículo “El Juicio” de la competición Ensayos Doctrinarios: nuevo, Código Procesal Penal. Se desempeña como Jueza de Instrucción de Cojutepeque y Capacitadora de la Escuela de Capacitación Judicial del CNJ.

442 Novoa Monreal, Eduardo. “Fundamentos de los Delitos de Omisión”, Edic. Depalma, Buenos Aires, 1984, p.

porque no han merecido el estudio que les corresponde, pese a que son tan importantes como los delitos de acción.

Las primeras referencias de estos delitos según este autor, parecen proceder de la responsabilización de poseedores de animales salvajes causantes de muertes o heridas de un hombre; otros opinan que provienen de casos en los cuales quien custodia a un prisionero lo deja morir al no darle alimento, o cuando una madre permite que su hijo recién nacido muera de inanición.

El primer autor que habla de los delitos Propios de Omisión e Impropios fue Luden quien sostiene que “un hombre quieto es impensable y que si él no hace una cosa, hará otra”. Es de este pensamiento de donde surgió la idea de que la causa del resultado delictivo es la acción positiva realizada por el sujeto en lugar de aquella acción que debió realizar, dándole de esta forma importancia a la relación de causalidad para los delitos de Comisión por Omisión.

Surge luego por Glaser el concepto de “acción esperada” quien sostiene que la causalidad de la omisión se funda en el hecho anterior del autor. Luego a principios del siglo pasado, Feurbach da un tratamiento general a la omisión y sostiene que “hay omisión cuando una persona tiene derecho a la real exteriorización de actividad de otro”; para este autor, el deber de impedir un resultado surge de dos fuentes: la ley y el contrato.

Más adelante Binding, opina que toda acción contiene al mismo tiempo una provocación y un impedimento del resultado. Por tanto la contención de la voluntad debe tenerse como causa del hecho (Teoría de la Interferencia). Luego Von Liszt, equipara la no evitación de un resultado como la producción del mismo.

Como podemos ver todos estos autores pretenden asimilar la acción con la omisión sobre la base de que en la omisión hay un nexo causal con el resultado que tal conducta origina, siendo estas las primeras ideas que surgieron respecto a los delitos de omisión, producto del pensamiento científico natural a mediados del siglo XIX.

Bajo el Neokantismo, se busca darle a la omisión una solución valorativa haciendo mención a la “Teoría de la acción esperada”, en donde el deber de actuar surge de una elevación del peligro por parte del que omite.

El pensamiento normativista sostiene que en la omisión el sujeto vulnera intereses que le son dados en custodia, no dándole protección teniendo éste el deber de garante.

Luego la concepción Finalista como corriente de pensamiento más moderna, es quien da un giro al anterior pensamiento sosteniendo que la acción y la omisión son dos sub-classes independientes de las formas de conducta del hombre, pero ambas se unen entre sí por ser dominables por la voluntad final. Basta para ello que el sujeto tenga la posibilidad de dominar el hecho para convertirse tal inactividad en una omisión.



Para Armin Kaufmann⁴⁴³, la esencia de la Comisión por Omisión, no esta en la estructura dogmática sino en su conformación axiológica según la cual, debe existir un mandato con contenido de impedir un resultado o un peligro de lesión de un bien jurídico que le es propio a los delitos de acción.

Todas estas ideas no son más que una pequeña síntesis de los diversos enfoques que principalmente la doctrina alemana ha hecho sobre los delitos de omisión, no obstante ello, el problema se centra en las dudas y dificultades que particularmente nos presentan los delitos de Comisión por Omisión, como sería el caso de si la acción y la omisión pueden ser equiparadas tanto desde el punto de vista natural como jurídico en relación con la producción de un resultado que este descrito en la ley penal; otro punto es el hecho de no poder atribuir a cualquier persona la obligación de impedir un resultado y por último, el problema de que existen tipos penales en los que solo se hace referencia de forma explícita a conductas activas.

Recientemente, la dogmática penal se ha preocupado por tratar lo concerniente a los tipos omisivos, esto surge a partir de los años veinte de este siglo, buscando la forma de proteger los bienes jurídicos tutelados en la ley los cuales pueden transgredirse bien sea actuando u omitiendo.

En la actualidad se acepta ya la existencia de estas dos formas de comportamiento: **La acción y la omisión** las cuales están expresamente enunciadas en nuestra ley penal en el art. 19 CP.

La omisión se caracteriza por el hecho de que no existe una omisión en sí, ya que siempre se da con relación a una determinada acción, es por ello que dentro de la estructura típica de la omisión siempre existe una norma de mandato, de hacer o realizar una determinada acción como sería: socorrer, denunciar, avisar, etc. arts 175, 309, 312, CP.

También se dice que la omisión presupone siempre la existencia de un determinado sistema de relaciones sociales que permiten poder exigirle a alguien una acción; así por ejemplo: el saludar a sus compañeros al llegar al trabajo, dar las gracias al recibir un favor, incarse ante un altar etc., todo esto surge de la vida social, siendo en tales relaciones sociales que aparece la omisión bajo un sistema normativo como constitutiva de delito, pues el sistema jurídico de alguna forma determina las relaciones sociales.

Por ello se sostiene que la omisión tiene un carácter normativo por ser lo que la situación social exige y que tiene referencia a una determinada acción, referencia y exigencia que presupone que el sujeto este en capacidad tanto física como psíquica para poder ejercer la acción determinada en la norma, caso contrario, el mandato no tendría objeto ya que no es posible por ejemplo exigirle a un parapléjico que salve a un niño que se esta ahogando cuando su condición física le imposibilita a movilizarse.

443 Cit. Por Novoa Monrreal, Eduardo. Ob. Cit. P. 13.



1- DELITOS DE OMISION EN GENERAL

Los hechos omisivos pueden ser: dolosos y culposos, en este apartado comenzamos por referirnos a los primeros sosteniendo, que en la omisión la tipicidad surge de la diferencia entre la conducta final-social realizada y la contenida en el tipo penal respectivo consagrado en una norma de carácter imperativa.

La omisión se contrapone a la acción, es considerada por algunos autores como una sub-clase de la conducta humana independiente que esta determinada en la ley penal y que es susceptible de regirse por la voluntad.

La omisión dolosa como forma del hecho punible es de naturaleza especial al igual que en el delito culposo. Su distinción con los delitos de acción o comisivos esta en el hecho de requerir una adaptación a los mismos, ya que en la omisión se da una frustración de una determinada acción por parte del autor, conteniendo en su estructura elementos particulares que no corresponden a los delitos de comisión.

Los delitos de omisión sean propios o impropios, constituyen infracciones de normas preceptivas de las cuales ordenan una determinada acción imponiendo un hacer positivo por parte de quien omite, siendo estas contenidas en la parte especial en los delitos de omisión propia, en un número mínimo en relación con las normas prohibitivas que constituyen la gran mayoría.

Existen por otra parte las denominadas omisiones impropias no contenidas en la ley pero que tanto la doctrina como la jurisprudencia admiten que en la mayoría de delitos de comisión en los que hay un resultado de lesión o peligro del bien jurídico, también pueden ser realizadas por omisión de no evitar un resultado, cuando exista por parte del sujeto el deber jurídico de obrar el cual esta determinado en el artículo 20 del Código Penal.

La omisión no es sinónimo de quietud, inactividad, pasividad, no hacer nada. El verbo omitir es de carácter transitivo pues lo que se omite es: "hacer algo", por ello la omisión esta siempre en referencia a una determinada acción cuya realización no se emprende.

En el desarrollo histórico-dogmático de la omisión como forma de conducta penalmente relevante, se ofreció un concepto base de acción que comprendiera tanto a los delitos de acción como a los de omisión, a los delitos de mera actividad y a los delitos de resultado, a los delitos dolosos y a los culposos. Este supraconcepto denominado así por Susana Huerta⁴⁴⁴ creó dificultades especialmente porque la acción como conducta comisiva es perceptible por nuestros sentidos, en cambio la omisión es en el plano óptico, nada.

444 Huerta Tocildo, Susana. "Problemas Fundamentales de los Delitos de Omisión". Ministerio de Justicia, Centro de Publicaciones. Madrid. 1987.P.282.



Por ello dice que, no puede pensarse en un marco común que abarque estas dos formas de comportamiento humano, ya que cada una de ellas requiere contar con una estructura propia, es decir, tanto para el hacer como para el omitir:

- Voluntad.
- Acción implica: - Actividad.
- Relación de causalidad entre ambas.
- Conocimiento.
- Omisión implica: - Inactividad o conducta distinta a la mandada.
- No hay causalidad entre el omitir y el resultado.
- No hay voluntariedad de hacer lo mandado.

Por lo tanto, la omisión se presenta como una contrariedad a la acción y no es posible englobarlas en un concepto común de acción en sentido amplio o conducta humana. Es decir, en un superconcepto de acción pese a los intentos de autores como Mezger, Mayer y otros, pues la omisión es: la no realización de una determinada acción.

Sin embargo para Welzel, acción y omisión son formas de conducta humana dominable por una voluntad final y sostiene, que no hay omisión per se, sino omisión de una determinada acción.⁴⁴⁵

La omisión entonces sería un “concepto limitativo”: es la omisión de una acción cuya realización le es posible al autor por caer bajo su poder de acción final (finalidad potencial) siendo la capacidad de acción elemento esencial en la omisión, formulando dicho autor el concepto de omisión en un plano ontológico y manteniendo su naturaleza prejurídica.

Es posteriormente Maurach autor finalista quien participa ya de una concepción normativa de la omisión y admite la imposibilidad de explicar la omisión a partir de un concepto ontológico de acción (que abarca tanto la acción en sentido estricto como a la omisión) como formas de conducta humana dominadas por la voluntad final.

Este autor le introduce al concepto de omisión elementos valorativos afirmando que es omitente aquel que no hace aquello que de él se esperaba⁴⁴⁶ No obstante caracterizar a la omisión por la capacidad de acción, esto no es suficiente pues hay muchas personas con tal capacidad y no todo capaz de acción que no actúa, es autor de una omisión, a esto hay que agregarle, que la acción cuya realización se omite debe ser exigida por el ordenamiento y tener la capacidad para ello.

Jescheck⁴⁴⁷ es partidario de un concepto denominado Concepto Social de Acción, expresando que la característica fundamental del comportamiento humano acti-

445 Cit. Por Huerta Tocildo, Susana. Ob. Cit. P.292

446 Cit. Por Huerta Tocildo, Susana. Ob. Cit. P. 293.

447 Cit. Por Huerta Tocildo, Susana. Ob. Cit. P. 296.

vo es la finalidad; la del omisivo es la dirigibilidad hacia la acción esperada. Ambas formas de conducta humana no pueden aunarse en el plano ontológico, pues la omisión se caracteriza en función del empleo de energía esperada.

Además sostiene, que es posible reunir ambas modalidades en un concepto unitario de acción si se encuentra un punto de vista superior de naturaleza valorativa que aúne en el ámbito normativo los elementos incompatibles. Así el concepto social de acción es: "Acción es, comportamiento humano socialmente relevante", y bajo tal concepto el comportamiento puede consistir en ejercicio de actividad final, pero también se manifiesta en la inactividad frente a una determinada expectativa de acción.

De ahí que, socialmente relevante será aquel comportamiento que afecte la relación del sujeto con el mundo circundante y que sus consecuencias sean dañosas al mismo. Esta teoría social de acción también pretende crear un super concepto de acción distinto al normativo que requiere de una "acción esperada" elemento normativo perteneciente a la tipicidad y a la antijuricidad.

Para concluir el problema de la búsqueda de un concepto de acción como denominador común de formas de conducta humana, junto a la omisión, los cuales se han enfocado desde el punto de vista valorativo, normativo o dentro del concepto social de acción, compartimos la posición de autores como Gallas⁴⁴⁸ que sostiene que los delitos de acción y omisión no se pueden someter a un denominador común pre-jurídico, que es en el ámbito de la tipicidad que hay que estudiar separadamente el delito comisivo y el delito omisivo, como conducta típica activa u omisiva, siendo las causas de exclusión de la acción tratadas como causas de la exclusión de la acción típica. Tesis que también es avalada por Roxin⁴⁴⁹ quien sostiene que esta en contra del concepto pre jurídico de omisión y el concepto ontológico de acción, porque ambos no tienen trascendencia practica alguna pudiendo prescindirse del concepto de acción en la elaboración de la teoría jurídica del delito.

La omisión en tanto, debe tener una naturaleza normativa y estar dentro del mundo de los valores sociales ya que la omisión se caracteriza desde el punto de vista jurídico-penal, por la "no realización de la acción esperada", que le es exigida por el ordenamiento jurídico, así, encontramos en la omisión tanto elementos valorativos como normativos de la conducta humana.

Siendo para el derecho penal más importante bajo el concepto de acción típica (teoría del tipo), establecer cuando se le puede imputar un resultado a una persona producto de su conducta humana. Bajo esta óptica, el concepto de omisión sería: "la no realización de una determinada acción posible que viene exigida por el ordenamiento jurídico."

448 Cit. Por Huerta Tocildo, Susana. Ob. Cit. P. 305.

449 Cit. Por Huerta Tocildo, Susana. Ob. Cit. P. 306.



El derecho penal se ocupa de la omisión en diversas formas:

- a) Un grupo de disposiciones impone pena simplemente a la infracción de un deber de actuar ejemplo omitir la denuncia de un posible delito art. 309 CP., la prestación de socorro art. 175 CP., etc, este grupo comprende los casos de los denominados Delitos de Omisión Propios.
- b) En otros casos, se pena en una misma disposición legal tanto una acción que produce un resultado como también la omisión de evitar este resultado reuniendo en una misma disposición un delito de comisión y uno de omisión propio, un tipo de prohibición y un tipo de mandato ejemplo arts. 250, 256, 267, etc.
- c) Existe además junto a estos dos grupos de mandatos establecidos en la ley, un grupo de mandatos que obligan a evitar la inminente producción de un resultado sin estar expresamente sancionados en la ley. Su transgresión se castiga en base al marco legal ya existente para los delitos de comisión que es referente a la realización de la lesión del mismo bien jurídico, ejemplo: el homicidio de la madre que deja morir a su hijo por no alimentarlo. Estos son los denominados delitos de comisión por omisión o delitos de omisión impropia.

2- CONCEPTO Y CLASES

La doctrina clasifica los delitos de omisión así: Delitos de Omisión Propia y Omisión Impropia o Comisión por Omisión.

1. Delitos de omisión propia.- Son aquellos que se encuentran de forma expresa tipificados en la ley como son: la omisión del deber de poner en conocimiento determinados delitos art. 309 CP., la omisión de investigación art. 311 CP., omisión de aviso art. 312 CP., etc. Se les conoce como delito de omisión pura o propia, en la cual se castiga la simple infracción de un deber de actuar y equivale a aquellos delitos considerados como de simple actividad.

También se dice que son omisiones propias aquellas en las que el autor puede ser cualquiera que se encuentre en la situación típica, se consideran como tipos excepcionales y se caracterizan porque no tienen un tipo activo equivalente.

2-Delitos de omisión impropia o de Comisión por Omisión. En los cuales la omisión se conecta con un determinado resultado prohibido, requiriendo éstos de un problema de interpretación porque el tipo legal concreto, no señala la forma de comisión omisiva y hay que dilucidar cuando la forma omisiva puede ser equiparada a la activa que si se menciona de forma expresa en la ley. Son aquellos que no están en forma expresa tipificados en la ley, los cuales surgen al hacer uso de un método interpretativo que se da sobre la base de los delitos de comisión, pero que dada su

estructura, también permiten que se configure la omisión; así, en el caso del homicidio regulado en el art. 128 CP., lo que el tipo requiere es que se de la muerte de otro sin establecer la forma de cómo el hecho se ejecute que bien podría ser dejando de alimentar al recién nacido como asfixiándolo con una almohada.

De igual forma se conocen como tipos de omisión impropia, a aquellos en los que el autor solo puede ser quien se encuentra en un círculo limitado art. 20 CP., que hace que la situación típica de la omisión tenga equivalencia a la de un tipo activo de comisión, por la denominada “posición de garante” que el sujeto ostenta.

Beling define la omisión como: “inactividad corporal voluntaria, contención de los nervios motores dominada por la voluntad (concepto naturalístico)”⁴⁵⁰

Para Baumann⁴⁵¹ Omisión es: “un comportamiento humano regido por la voluntad”. Este concepto se cuestiona por la doctrina por la imposibilidad de que en la omisión haya voluntariedad (concepto causal-naturalístico.)

Para Welzel⁴⁵², el poder de la voluntad humana no se agota en el ejercicio de la actividad final, sino que comprende también la omisión de ella; es entonces que la omisión aparece como una forma de conducta humana independiente de la acción, susceptible de regirse por la voluntad que se encamina a un fin.

La norma jurídica que regula la omisión ordena efectuar acciones para la producción de resultados socialmente indeseados; esta es una norma de mandato que se lesiona al darse la omisión de la acción mandada.

Según este autor, la omisión esta necesariamente referida a una acción, no existe una omisión en sí, lo que existe es la omisión de una acción determinada.

Así el finalismo, retoma la idea de que puede concebirse una conducta humana genérica dentro de la cual cabe como sub-clases: el hacer y el omitir (en los hechos dolosos) ya que en ambas existe una voluntad controladora y dirigida a un fin determinado. De ahí que Maurach sostenga que esto ha propiciado que en Alemania se hable de la expresión “acción por hacer” y “acción por omitir”⁴⁵³.

450 Cit. Por Silva Sánchez, Jesús-María. “El Delito de Omisión, Concepto y Sistema”. Librería Bosch, Barcelona, 1986. P.22.

451 Cit. Por Silva Sánchez, Jesús-María. Ob. Cit. P. 23.

452 Welzel, Hans. “Derecho Penal Alemán”. (Parte General), 11ª. Edic. PPU, Barcelona, 1994. P.238.

453 Cit. Por Novoa Monrreal, Eduardo. Ob. Cit.p.66



Bajo este enfoque se da un concepto de Omisión así: “Omisión es la no producción de la finalidad potencial (posible) de un hombre en relación a una determinada acción”, por ello se dice que la omisión no significa un mero no hacer nada, sino en un no hacer una acción posible subordinada al poder final de hecho de una persona concreta.

Para que se tenga un poder final de hecho o capacidad de acción lógicamente se requiere de ciertos requisitos como serían:

- Conocer la situación en la que ella debe producir sus efectos.
- Estar en condición de reconocer y poder seleccionar los medios aptos para poder llevar a efecto el objetivo.
- Tener la posibilidad real física de emplear los medios elegidos y de ejecutar el acto planeado.

Arthur Kaufmann⁴⁵⁴ hace una propuesta de concepto unitario de acción y omisión, partiendo de una concepción ontológica basada en la responsabilidad. Según la cual, acción y omisión son ambas en uno ya que en ellas concurre la auto disposición del hombre quien pone a su servicio un proceso causal.

Roxín⁴⁵⁵, se opone a un concepto de acción final como realidad ontológica preexistente, sugiriendo que la definición de acción debe tener necesariamente una naturaleza jurídico penal y vinculada a la ley.

Recientemente Jescheck⁴⁵⁶ proporciona un concepto general de acción el cual es válido tanto para conductas dolosas como culposas, para comportamientos activos y omisivos. Este autor rechaza la tesis que niega un concepto superior a la acción y omisión, así también la teoría que sostiene que la omisión es un modo de actividad humana equivalente al hacer positivo. Para él la solución se encuentra en acudir a un “Concepto social de acción” (punto de vista de la natural valorativa) que incluye a la omisión y se basa en “un comportamiento humano socialmente relevante”; tal concepto social de acción abarca todas las formas de comportamiento humano relevantes para un juicio de imputación.

Para Velásquez⁴⁵⁷ Omisión es: “la no producción de la finalidad potencial (posible) de un hombre, en relación a una determinada acción”. En la omisión tanto la finalidad como la causalidad, sólo se ven como posibles a diferencia de la acción.

454 Cit. Por Novoa Monrreal, Eduardo. Ob. Cit. P. 67

455 Cit. Por Novoa Monrreal, Eduardo. Ob. Cit. P. 68.

456 Cit. Por Novoa Monrreal, Eduardo. Ob. Cit. P. 68.

457 Velásquez, Velásquez, Fernando. “Derecho Penal” (Parte General), Edit. TEMIS, S.A., Santa Fe de Bogotá, Colombia. 1994. P. 384.



TIPOS DE OMISION

1- PROPIA

(autor puede ser cualquiera)

Delicta Comunia.

2- IMPROPIA

(autor es sólo el que se encuentra en posición de garante)

Delicta propria.

Esta última clase de delitos como podemos notar, surgen como producto de una labor interpretativa del juez y no de la ley misma, por lo que algunos autores señalan que hay vulneración al principio de legalidad.

3- DIFERENCIAS ENTRE DELITOS DE ACCION, DELITOS PROPIOS DE OMISION Y DELITOS IMPROPIOS DE OMISION.

- 1- En los delitos propios de omisión, la tipicidad es similar a la que se da en los delitos de acción; se describe una conducta concreta, con la diferencia que el verbo rector es de actividad en los delitos de acción y en la omisión será abstención o inactividad.
- 2- En los delitos de acción el común son los tipos de resultado y son escasos los tipos penales de mera actividad; en cambio en los delitos propios de omisión es lo contrario, la mayor parte de ellos son delitos de pura desobediencia y solo por excepción quedan sujetos a que se produzca un cambio del mundo exterior.
- 3- En los delitos de acción, se vulnera una norma prohibitiva, igual que en los delitos de comisión por omisión, en cambio en los delitos propios de omisión, se da una norma preceptiva o imperativa.
- 4- En la omisión se habla no de un dolo, sino de un cuasi-dolo pues basta con que el sujeto quiera y conozca la conducta que realiza (en lugar de la exigida), sabiendo que con ella podía realizar la acción mandada.⁴⁵⁸
- 5- En los delitos impropios de omisión, es la no realización de parte de quien esta obligado por ley de hacer lo que debía para evitar la lesión del bien jurídico protegido.
- 6- En los delitos impropios de omisión, esta presente la lesión de un bien jurídico producto de la omisión.

458 Novoa Monrreal, Eduardo. Ob.Cit.p. 116.



- 7- En el delito de Omisión impropia, el sujeto viola una norma prohibitiva, en el de omisión propia, el sujeto viola una norma de mandato.
- 8- En el delito de omisión propia, esta siempre tipificado en forma expresa, en el impropio no cuenta con un tipo propio, sino que se recurre para su configuración a un tipo de acción que protege el mismo bien jurídico lesionado.
- 9- En el delito propio, es autor todo aquel que el tipo no excluye, en el delito de omisión impropio, no puede ser cualquier sujeto autor, sólo quien asuma la posición de garante.
- 10- En el propio, el tipo penal esta determinado, no requiere de otro, en el impropio, se requiere del uso de la interpretación de la ley para deducir quien tiene la posición de garante y esta obligado a actuar.
- 11- En el propio, no se exige un resultado, casi siempre se consuma por la pura inactividad del sujeto, en el impropio, se requiere ineludiblemente de que se de un resultado.
- 12- En el delito impropio, es requisito la evitación de un resultado lesivo; en el propio, esa situación no corresponde al deber jurídico de obrar que se quebranta.
- 13- En el delito propio, se incumple un deber de obrar de índole genérica que le ha impuesto el ordenamiento jurídico; en el impropio, se demanda al garante que salve un bien jurídico puesto a su cuidado el cual sólo le es impuesto a un número reducido de personas.

3.a Distinción entre omisión propia e impropia.

Luden⁴⁵⁹ diferencia la omisión propia por el hecho de que éstas consistían en la infracción de un mandato y no se dirigían a la vulneración de derechos subjetivos ajenos; en cambio en la Omisión Impropia, se cometen por acciones omisivas e implican la lesión de un bien jurídico.

En la actualidad se considera que la Omisión propia es la no realización de una acción exigida por la ley, por lo que a esta clase de delitos se les considera de contrapartida de los delitos de mera actividad. En la Omisión Impropia, existe un deber por parte del "garante", de evitar el resultado, considerándoseles a éstos delitos la contrapartida de los delitos de resultado como los ha denominado Jescheck.⁴⁶⁰

459 Cit. Por Jescheck, Hans-Heinrich. "Tratado de Derecho Penal" (Parte General), Vol.2, Bosch, Casa Editorial, S.A., Barcelona, España. 1981. P. 832.

460 Jescheck, Hans-Heinrich. Ob. Cit. P. 833.



Otros opinan que los delitos de Omisión Propia son los que se encuentran regulados en la ley y los delitos de Omisión Impropia son los creados fuera de la ley por la jurisprudencia y la doctrina.

4- ESTRUCTURA TIPICA

La esencia de los delitos de omisión, esta en la infracción de normas imperativas que ordenan acciones, siendo la no-realización de la acción mandada, la que el legislador castiga. La estructura típica de las conductas omisivas se elabora describiendo la conducta debida quedando prohibida cualquier otra conducta que no sea la indicada en la norma.

La omisión no consiste en un simple no hacer nada, sino en no hacer una determinada acción que el legislador le impone y que el sujeto esta en condición o capacidad de poderla realizar.

Las causas que excluyen la acción, son al mismo tiempo, causas de exclusión en la omisión; es por ello que no son consideradas como dos formas ontológicamente distintas (A y B) del comportamiento humano, sino que se les considera como dos subclases independientes (A y no A) del comportamiento humano, siendo ambas regidas y dirigidas por la voluntad final.⁴⁶¹

Cuando la doctrina habla de no hacer una determinada acción, se esta refiriendo a aquella que el legislador le impone, que se espera de parte del sujeto, es decir, la acción esperada que el sujeto podría haber realizado y omite hacerlo ejemplo: auxiliar, socorrer, dar aviso de un delito, etc.

Por tanto, el delito de omisión es, la omisión de una determinada acción que el sujeto tenía obligación de realizar y que podía realizar, hay una infracción a un deber, pero no un deber moral o social, sino un deber impuesto por la ley en función de proteger un determinado bien jurídico.

4.a. Delitos de omisión propia.

Existen disposiciones en las cuales se sanciona la infracción de un deber de un resultado. Estos son los denominados tipos de omisión propia por el hecho de que están contenidos de forma expresa en la ley.

461 Así, Muñoz Conde, Francisco. "Teoría General del Delito". Edit. TEMIS, Bogotá, Colombia. 1984. P. 29



La ley establece normas jurídicas de mandato, las cuales son infringidas cuando el sujeto no realiza la acción mandada en dichas normas. Siempre que el legislador tipifica expresamente una conducta omisiva, estamos ante un delito propio de omisión.

La conducta omisiva la describe el legislador siempre con un verbo rector con un significativo de omitir, siendo la abstención de la conducta exigida, la que origina el presupuesto de una sanción penal.

Existen en la ley penal algunas descripciones que no se refieren específicamente a un omitir como cuando se dice: no ejecutar, abstenerse, no cumplir, desobedecer, etc., en todos ellos encontramos claramente enmarcada la conducta omisiva pues los tipos penales las describen en forma diversa.

Existen además casos en los cuales se penaliza en una misma disposición legal, tanto una acción generadora de un resultado, como la omisión de evitarlo, dando origen a una figura mixta: tipos de comisión y de omisión propia que contienen tanto una prohibición como un mandato.

Junto a estas expresiones encontramos otras de DOBLE SENTIDO, en las cuales la forma verbal puede interpretarse como una conducta de acción o bien de omisión ejemplo: abandonar art. 232 No.7 CP., ocultar art. 192 CP., aquí se debe de hacer una correcta interpretación de estos tipos para valorar si cabe tanto la conducta activa como omisiva.

Otra matización de conductas omisivas las vemos para el caso del art. 318 (favorecimiento de la evasión), el art. 290 CP. (privación de libertad por funcionario y empleado público), en estos tipos penales no se expresa la conducta en un hacer o no hacer pues se debe comprender que el espíritu del legislador previó abarcar tanto una forma activa como pasiva al referirse “. o permitiere...”.

Los casos antes referidos constituyen genuinos delitos de omisión, ya que se constituyen por un no hacer que esta determinado en la norma de mandato.

La doctrina los reconoce como delitos propios de omisión que a diferencia de los denominados delitos impropios de omisión, se encuentran tipificados en la norma bien sea de forma expresa como conducta omisiva o parcialmente apreciados o interpretados por designarse de forma exclusiva o alternativa con una conducta activa.

El delito de omisión no debe ser identificado para su configuración, con una inactividad o pasividad por parte del sujeto que omite, no estriba tal comportamiento en no contraer ni un solo músculo del cuerpo, pues ello es prácticamente imposible. Frecuentemente lo que acontece es que se realiza cualquier otra acción que no es la que se le ha impuesto por un deber jurídico y que esta descrita en el tipo penal; por ello se dice que incurre en el delito de omisión el que no hace algo determinado en la norma.

Generalmente salvo casos muy excepcionales, los delitos propios de omisión se conforman por “pura inactividad” ya que se agotan al no ejecutar un obrar establecido en la norma, no siendo por tanto necesario obtener de la omisión ningún efecto que altere o cambie el mundo exterior. No obstante lo anterior, existen casos en los cuales el legislador ya incluye el resultado externo, éste habrá que descubrirlo en cada caso en donde aparezca como una condición objetiva de punibilidad, véase para el caso los arts. 320, 323, 325, 330 CP.

4.a.1. ASPECTO OBJETIVO.

En la omisión propia se deduce de la ley cual es la acción esperada que ha sido omitida. El tipo omisivo tiene un aspecto objetivo y uno subjetivo los cuales tienen diferentes características ya que su estructura difiere de la del tipo activo doloso. Así, en el aspecto objetivo se da:

- 1- Una situación típica, ejemplo sería el socorrer a una persona desamparada Art. 175 CP., o bien en otro caso podría ser una situación en que la afectación del bien jurídico equivaldría a la de una estructura típica activa como sucede en la omisión impropia.
- 2- La exteriorización de una voluntad distinta de la voluntad realizadora de la conducta debida.
- 3- Que la conducta debida sea físicamente posible, por ejemplo, estar en posibilidad de prestar socorro al desamparado.
- 4- El equivalente típico de la causación: en el tipo objetivo omisivo, no causa el resultado la conducta distinta de la debida por ejemplo la madre que en lugar de amamantar a su hijo ve la televisión no causa la muerte de éste en sentido físico, ver televisión es una conducta distinta a la que ocasiona la muerte que es inanición en este caso. Hay entonces un proceso causal que se desarrolla de forma independiente. Por ello se sostiene que en el tipo omisivo no se requiere “nexo de causación” entre la conducta prohibida (distinta a la debida) y el resultado, sino más bien, se requiere de un “nexo de evitación”, con la probabilidad de que de haberse dado la conducta debida, se hubiera interrumpido el proceso causal que provocó el resultado.

El autor en los tipos omisivos reviste importancia para hacer la clasificación entre tipos de omisión propia y tipos impropios de omisión.

Si sostenemos que la omisión es una vinculación social diferente a la acción, no podemos sostener tampoco que le es aplicable la ley de la causalidad, por lo que se



dice que en la omisión sólo se da una “causalidad hipotética” valiéndose para ello de la Teoría de la Equivalencia de las Condiciones, se realiza un análisis mental así: agregada mentalmente la acción mandada, el resultado desaparece? Si esto ocurre, entonces la omisión es causa de ese resultado.

La causalidad hipotética no es propiamente una causalidad, sino un procedimiento análogo en el que se exige posibilidad de evitación.

Por otra parte, además de todos los elementos del tipo objetivo que se requieren en los delitos dolosos de comisión, en la omisión se dan en síntesis las siguientes categorías:

- a) La descripción de la situación típica,
- b) La falta del actuar exigido por el tipo de mandato, y,
- c) La capacidad real física de actuar del individuo.

4.a.1.1. La descripción de la situación típica

En los delitos de omisión propia se describe con mayor claridad que en los delitos de comisión dolosos el ámbito situacional que determina de forma expresa que acción es la que se espera que el sujeto deba realizar; así, el socorrer a una persona que se halla en desamparo corriendo grave peligro art. 175 CP., sin riesgo propio ni de un tercero.

Como podemos apreciar, en este caso se dan todas las características de la situación como sujetos, circunstancias temporales etc., para poder adecuar el comportamiento al tipo penal.

Será entonces causa de atipicidad la teoría del riesgo, pues la ley no exige actos heroicos y sólo en el caso de no existir riesgo para el sujeto o un tercero, se configura la omisión; caso contrario, habría inexigibilidad objetiva, es decir, atipicidad.

Concluyendo podemos decir, que en la situación típica se comprende: la meta de la acción mandada, el objeto sobre el que debe influirse, otras circunstancias que presuponen para la intervención, las características especiales objetivas de autor ej. Abogado, médico, juez, etc. De lo que podemos colegir que en el delito de omisión de aviso art. 312 CP., la situación típica vendría a ser, la existencia de un plan delictivo.

4.a.1.2. La falta de actuar exigida por el tipo de mandato.

Esto es, no ejecutar una acción mandada, que tienda a alcanzar el fin fijado por el mandato, es la falta de actuar con tendencia a realizar el mandato.

La única manera de concretar la omisión es que se encuentre descrita en forma precisa cual es la acción esperada ejemplo socorrer a otro, impedir la comisión de un delito etc., y que sea ésta precisamente la acción que se omite.

4.a.1.3. La capacidad real física de actuar del individuo

Esta condición psicofísica del sujeto de poder realizar la acción mandada, se da aún cuando la referida acción no pueda realizarla él mismo, pero sí puede inducir a otro para que la ejecute, así el parapléjico puede no estar en capacidad de evitar que el niño tome una hoja de agua hirviendo, pero si puede hacer que otro lo impida avisándole de tal peligro.

El poder final de hecho para el cumplimiento del mandato, requiere de que quien omita la acción ordenada por el mandato, tenga el poder de hecho para ejecutarlo y no lo ejecuta, para ello se requiere:

- a- Del conocimiento de la situación típica (es suficiente contar con su éxito).
- b- Del conocimiento del omitente de su poder de hecho para la ejecución de la acción omitida, y,
- c- De la posibilidad real física de llevar a efecto la acción mandada. El plano de que la acción proyectada tiene que ser realizable.

Esta posibilidad se da aún cuando el obligado no esté personalmente en posibilidad de hacerlo, pero se puede valer de un tercero obligado o no, al tanto o no de la situación.

4.b. ASPECTO SUBJETIVO.

a) DOLO: Se dice que hay dolo en la omisión cuando falta una voluntad de realización orientada a un omitir y con ésta también falta un dolo de hecho en relación con los delitos de comisión.

El dolo requiere: el conocimiento de la situación típica y la posibilidad de intervención que el sujeto tiene y sustraerse conscientemente a pesar de ese conocimiento, a la obligación de actuar.

Para hablar de dolo en la omisión en el aspecto cognoscitivo se requiere de un efectivo conocimiento de la situación típica y la previsión de la causalidad, además de tener conocimiento de que le es posible impedir la producción del resultado, es decir, contar con un “poder de hecho” para interrumpir la causalidad que llevaría a que ese resultado se diera⁴⁶².

Se ve en la estructura del dolo el aspecto conativo, el cual según Zaffaroni⁴⁶³, ha dado problemas e insatisfacciones en su solución, pues algunos sostienen que no hay dolo en la omisión sino un “equivalente” del dolo ya que en la omisión no hay causación del resultado, esto es, porque la conducta prohibida no causa el resultado (la madre que ve televisión no causa la muerte de su hijo). Es por ello que se sostiene que la finalidad no dirige la causalidad y por tanto no puede hablarse de un dolo propiamente dicho.

462 Así Welzel, cit. Por Zaffaroni, Eugenio Raúl. “Manual de Derecho Penal” (Parte General), Edit. Temis, S.A., Santa Fé de Bogotá, Colombia. 1994. P. 457.

463 Zaffaroni, Eugenio Raúl. Ob. Cit.p. 458.



No obstante lo anterior, otros autores sostienen que si se puede hablar de una verdadera finalidad en los tipos omisivos y que por ello la situación no difiere a la de los tipos dolosos activos. Así vemos por ejemplo que el resultado de la muerte del niño, no se produjo al azar, ésta sobreviene de un proceso causal y la madre sí se propone el resultado como finalidad; para ello lo único que hace es dejar avanzar el curso causal (hambre, sed) no es que lo ponga en marcha al no alimentar al niño, el curso causal que desencadena en el resultado de muerte avanzó, ella realizó otra conducta en tanto esto sucedía (ver televisión), la cual no era la debida, en esta conducta se ve incorporada la finalidad de dejar que el niño muera habiendo entonces un verdadero dominio causal pues existe previsión de la causalidad por quien omite.

Para el dolo es fundamental la previsión de la causalidad, la cual existe de igual manera que en la tipicidad activa.

De la misma forma que en los delitos de comisión dolosos, el aspecto básico subjetivo es el dolo, el cual en esta clase de delitos tiene características especiales que han determinado a que algunos autores le llamen "CUASIDOLO", por el hecho de que lo que se da es la no realización de una acción determinada exigida y de que no esta referido a un proceso de dirección real, por tanto el aspecto volitivo (voluntad de hacer) no existe.

En el delito de Omisión Propia el proceso real acontece en forma ajena al actuar del sujeto, es por ello que en esta clase de delitos solo basta con el "aspecto cognitivo" como elemento del dolo, es decir, que el sujeto tenga conciencia de la situación típica, de la acción que se le exige y de su capacidad psicofísica de actuar.

Es indiferente entonces el "aspecto volitivo" (segundo elemento del dolo) interino de querer que se realice el delito el cual es tomado en cuenta para los delitos dolosos de comisión y tampoco tiene sentido exigirlo. Lo que interesa es que el sujeto no actúe no obstante estar consciente de la omisión típica.

b) CULPA. La omisión culposa no es frecuente que se de, sin embargo, vale tratarlos en este apartado para conocer su configuración.

En los tipos omisivos culposos se da por el autor, la infracción del deber objetivo de cuidado, no haciendo sino omitiendo hacer; esa falta de cuidado puede acontecer por las siguientes circunstancias:

- 1- Falta de cuidado al juzgar la situación típica (el médico que no considera en estado grave al lesionado como el de otro paciente que a la vez debe asistir).
- 2- Falta de cuidado al ejecutar el mandato (en lugar de apagar el incendio con agua usa tierra).
- 3- Por la indebida apreciación de la posibilidad física de ejecución (el salvavidas cree que lanzándole el neumático se salvará cuando debió él extraerlo del agua).



En lo que respecta a la Tipicidad Culposa, el art.19 CP., establece claramente que los hechos punibles pueden ser realizados por acción o por omisión y ésta puede ser dolosa o culposa, por lo que conceptualmente se puede concebir un delito de omisión culposo, en la culpa siempre hay un deber de cuidado que no se ha observado.

En los delitos de omisión propia, su estructura es en principio la misma que en los delitos de comisión, en la omisión impropia, la diferencia puede referirse a la inminente producción del resultado típico como también debe añadirse que hay una coincidencia entre el deber de garante y el deber objetivo de cuidado, no obstante mantener su diferencia conceptual.

En los delitos de omisión propia, cabe hablar de culpa, véase por ejemplo los artículos 326, 267 en relación con el 269, 366 del Código Penal. En ellos lo que existe es un desvalor por la infracción del cuidado objetivo. La violación al deber objetivo de cuidado se manifiesta en todas las etapas de la acción de cumplimiento así:

- a) Falta de cuidado en la ejecución de la acción mandada ej. El obligado a denunciar un delito, quiere prevenir al amenazado, pero al telefonar marca mal el número.
- b) Falta de cuidado al examinar la posibilidad de cumplimiento del mandato. El obligado a denunciar el plan delictivo, envía a otra persona en lugar de él y éste no encuentra el puesto de policía o considera que no hay posibilidad de hacer la denuncia. (error evitable).
- c) Falta de cuidado al juzgar la situación típica. El obligado a socorrer al desvalido, no cuenta con que se produzca un daño en la salud a pesar de que esto le era posible de reconocer.
- d) En el conocimiento de su condición que le pone en posición de garante. El que por error vencible (de tipo) ignora que es el médico de guardia esa noche, o la enfermera a la que corresponde su turno.

En la culpa omisiva su estructura típica es igual que la activa, así como tampoco sufre alteración el concepto general de culpa que se atribuye por violentar el deber objetivo de cuidado.

Según Zaffaroni⁴⁶⁴, la violación del deber de cuidado surge en los siguientes casos:

- a) En la apreciación de la situación típica: cree que quien grita solicitando ayuda está bromeando y ni siquiera lo constata.
- b) En la ejecución de la conducta debida: cuando el sujeto ofuscado en lugar de hechar agua para apagar el incendio le hecha gasolina.

464 Zaffaroni, Eugenio Raúl. "Manual de Derecho Penal" (Parte General), 5ª. Edic. EDIAR, Buenos Aires. 1987.p.459.



- c) En la apreciación de la posibilidad física de ejecución, para el caso, da por cierto que no podrá salvarlo porque el río esta crecido y no trata ni de comprobarlo.
- d) En el conocimiento de su conducción que lo pone en posición de garante, ejemplo quien ignora que el es el médico que esta de guardia esa noche, hay error de tipo vencible en tal caso.

Tales ejemplos cabe para ambas formas de omisión tanto propia como impropia.

En nuestra legislación por manejar un sistema de numerus clausus tenemos que tener específicamente determinada la omisión culposa, a manera de ejemplo véase lo dispuesto en el art. 269 CP., referido a los delitos culposos de peligro común, específicamente con relación al art. 267 CP., que señala una forma omisiva de comportamiento; asimismo el artículo 277 CP., en relación con los artículos 272, 273, 275 No.1 CP., y los artículos 326 y 366 CP.

Conceptualmente entendemos por culpa, la falta del cuidado exigido en el ámbito de relación, solo puede darse respecto de un mandato mal cumplido como podría ser para el caso: una mala apreciación de la situación típica como creer que alguien juega y simula estarse ahogando cuando esto es realidad ya que en ese momento sufre de un fuerte calambre que le imposibilita flotar, en tal caso hay una mala apreciación de la situación bien por una mala ejecución de la acción como sería lanzarle el salvavidas pero al hacerlo apresuradamente lo lanza demasiado lejos donde no puede alcanzarlo o también en relación a los medios para la ejecución de la acción como no haberse percatado que el salvavidas que lanzó tenía un agujero.

La culpa por tanto se considera en relación a una forma de cumplimiento del mandato (a la acción exigida) y puede ser consciente o inconsciente.

4.c. DELITOS DE OMISION IMPROPIA. (Comisión por Omisión)

Existe también un amplio número de mandatos que no están configurados de forma expresa en la ley, cuya transgresión se castiga de conformidad con el marco penal de los delitos de comisión. Estos son los denominados tipos de omisión impropia o de comisión por omisión ejemplo: el homicidio, lesiones personales, tortura, incendio, etc.

Para poder decir que se es autor de un delito de omisión impropia, se requiere de que la persona tenga el poder de hecho para evitar el resultado típico. El simple hecho de no evitar ese resultado en el sentido de un delito de comisión como sería: que la omisión de no salvar a quien se esta ahogando equivale a darle muerte, no es suficiente para fundamentar su autoría, ésta tiene que ser fundada independientemente, junto a la conducta típica y por medio de las características especiales de autor que se requiere en esta clase de delitos.

En los delitos de omisión impropia, el tipo no menciona concretamente el comportamiento omisivo, éste sólo describe y prohíbe un comportamiento activo, el cual se puede considerar equivalente a determinados comportamientos omisivos que también contribuyen a la producción de un resultado prohibido. Ejemplo: la madre que deja morir de hambre al recién nacido, es equiparable a causarle la muerte de igual forma con una conducta activa.

El delito de Comisión por Omisión, es un delito de resultado, que se imputa a quien omite que tal resultado se produzca. La causalidad de la omisión se dice que falta pues causalidad implica la puesta en marcha de una fuerza desencadenante según Muñoz Conde⁴⁶⁵. Por tanto, en la comisión por omisión lo que interesa es sólo la constatación de una causalidad hipotética (prohibición de evitar el resultado).

La antijuricidad de la conducta del autor como se puede observar, se funda mediante la adición de características especiales objetivas de autor, éstas por tener que hacer una conversión de un tipo de comisión en uno de omisión impropia, no permiten obtener ninguna característica especial de autor ya que en los delitos de comisión en su mayoría, autor puede ser cualquiera utilizándose el término “el que” para describir la conducta típica.

Por las razones expuestas, es que en esta clase de delitos es el Juez quien realiza una complementación del tipo para encontrar las características objetivas del autor, pues del tipo de comisión sólo se sustrae el contenido de la conducta típica, luego tiene que proceder a elaborar las características del autor de la omisión. Por ello Welzel⁴⁶⁶ sostiene, que los delitos impropios de omisión, son sólo en parte tipos de formación legal y en parte, de formación judicial, ya que sólo la conducta del autor esta “legalmente determinada” no así, las características objetivas del autor; es por ello que se ha cuestionado tanto el que estos delitos violan el principio de “*nulla poena sine lege*”:

No obstante lo anterior, es imposible abarcar concretamente todos los tipos legales en los que hay posibles autores de omisión por la variedad que de los mismos existe; el derecho utiliza puntos de referencia típicos para que el Juez pueda elaborar las características objetivas de autor en la omisión, partiendo de la base que sólo cabe considerar como autor de una omisión propia o impropia, a una persona con poder de hecho que este ligada con el bien jurídico amenazado y en tal razón, debe cuidar el bien jurídico respectivo.

En los delitos de omisión impropia, ese poder de hecho pertenece a aquel que se encuentra en posición de garante respecto del bien jurídico, de conformidad a esto, viola el deber de garante el salvavidas que dolosa o culposamente, no salva a una persona que se esta ahogando, por tener un efectivo deber contractual asumido.

465 Muñoz Conde, Francisco. Ob. Cit. P. 34.

466 Welzel, Hans. “Derecho Penal Alemán”. (Parte General).4ª. Edic.Castellana. Edit. Jurídica de Chile. 1993. P. 248.



La omisión impropia se caracteriza por transgredir el deber de obrar que se le impone a un sujeto a través de una norma originada de un mandato, quebrantándose una norma de carácter prohibitivo. Para ejemplificar lo anterior, se acude al clásico ejemplo de la madre que produce la muerte de su hijo al dejar de amamantarlo, sosteniéndose que ésta deberá responder por un delito de homicidio.

Jescheck⁴⁶⁷ hace la distinción entre un delito de omisión propia y uno de omisión impropia, en el hecho de que el primero se agota en la no realización de una acción exigida por la ley, mientras que en el segundo, incluye siempre la aparición de un resultado externo a la actividad omitente.

Ante esta posición se contrapone la de Novoa Monrreal⁴⁶⁸ quien sostiene que la esencia del delito de comisión por omisión se encuentra en la naturaleza de la norma jurídica de prohibición, de la cual se derivan dos corolarios: en los delitos impropios de omisión ha de darse siempre un resultado externo en el que se manifiesta la violación de la norma prohibitiva a través de la lesión de un bien jurídico determinado. Este resultado externo sólo se imputa a determinados sujetos quienes podrían producir el mismo hecho por una conducta activa; esto ocurre porque la ley positiva no se ha ocupado de regular en forma expresa los delitos impropios de omisión, limitándose en ocasiones a través de una norma genérica a exigir una relación o vinculación especial entre el omitente y el objeto del resultado (deber de garante).

De ahí que se sostenga, que para que se de un delito de omisión impropia, es necesario que el resultado externo se produzca porque el garante no cumplió con su obligación de impedir el resultado.

Para Welzel, Kaufmann y Baumann⁴⁶⁹, son delitos de Omisión Impropia, los que se construyen sobre la base de tipos de acción, sin estar referidos expresamente, y sólo atribuibles a un grupo reducido de omitentes.

Estos tipos se generan a partir de realizar una conversión del enunciado de una norma prohibitiva (no matarás) en una norma preceptiva (respetarás la vida del prójimo). El precepto que ordena respetar la vida del prójimo puede lesionarse de formas distintas de la causación física de la muerte de alguien, por ello es necesario limitar esa prohibición tan amplia que surge de un enunciado preceptivo de la norma, limitando el círculo de quienes pueden ser autores sólo a aquellos que ostentan la "posición de garante"; es decir, que se encuentren en una posición tal en relación al sujeto pasivo, que les obligue a garantizar la conservación, reparación o protección del bien jurídico tutelado.

467 Jescheck, Hans-Heinrich. Ob. Cit.p. 833.

468 Novoa Monrreal, Eduardo. Ob. Cit. P. 124.

469 Novoa Monrreal, Eduardo. Ob.Cit.p. 129.

La denominada Omisión Impropia o Comisión por Omisión artículo 20 CP., se refiere a una forma de comportamiento que no esta expresamente tipificada en nuestra legislación, pero el núcleo del injusto ya esta determinado por el tipo legal que recoge un comportamiento activo así en el homicidio la muerte de otra persona.

Lo que no esta definido son las características esenciales que debe reunir la omisión para poder ser atribuida a ese tipo legal de comisión. Por ejemplo, si varias personas ven que un bañista se esta ahogando, no podría decir que todas ellas realizan un delito de homicidio por omisión ya que esto permitiría ampliar el ámbito de la omisión impropia y no existiría la figura del delito de omisión del deber de socorro art. 175 CP.

Si entre ellas hay un socorrista encargado y no hace nada, para éste la situación es diferente ya que tiene un deber especial de protección que cumplir con respecto de ese bien jurídico.

Nuestra ley penal por esa imprecisión que existe del delito de omisión impropia, que es un tipo abierto que requiere ser complementado interpretativamente para no vulnerar el principio de legalidad, consagra en el artículo 20 CP., una fórmula de equiparación u homologación del delito de omisión impropia con el tipo legal de comisión.

Concluyendo podemos sostener, que los delitos de Comisión por Omisión presentan una inseguridad en materia de aplicación de una cláusula general de transformación y el tipo del delito comisivo, por lo que para solventar esta dificultad lo ideal sería, la tipificación expresa de los delitos omisivos impropios lo cual permitiría: eludir el reenvío al tipo del delito comisivo y los inconvenientes que ello presenta, sería más fácil la posición de garantía si se atiende al bien jurídico protegido por el tipo en cuestión, que si éstos se generalizan ya que algunos de ellos solo se adaptan a determinadas formas de conducta delictiva.

Su tipificación expresa en la parte especial permitiría establecer previamente cuales delitos son realizados en comisión por omisión, una graduación de la pena y, bajo un sistema de "*numerus clausus*" se ampliaría el catalogo de omisiones punibles, facilitando además la estructuración de los delitos omisivos que hoy cuentan con múltiples dificultades como en los casos de tentativa, autoría y participación, el error, el dolo, etc.

4.c.1. El principio de legalidad en el delito de omisión impropia.

Como ya se ha expuesto, los delitos de omisión impropia no están tipificados en la ley penal, su sanción se produce mediante la equiparación de la abstracción de impedir el resultado cuando se le ha impuesto por ley el deber jurídico de obrar a través de una acción positiva.



Existe entonces una incorporación de éstos a los tipos activos sin existir una ley que lo autorice, se les amplían las mismas exigencias contenidas en el tipo prohibitivo y se les sanciona con la misma pena. Sólo en algunas legislaciones como en la nuestra, se ha incorporado una norma en la parte general con la cual se pretende darles cabida a este tipo de conductas, pero se cuestiona su imprecisión y su generalidad; es por tal razón que la doctrina discute si los delitos impropios de omisión atenta contra el Principio de Legalidad estipulado en la ley penal.

La falta de un tipo expreso de delitos de omisión impropia es precisamente lo que crea problemas para su adecuación típica y lo que viene ha reforzar la tesis de que éstos violen el Principio de Legalidad y la prohibición penal de la analogía, por ser hechos no tipificados.

Otras posiciones sostienen que estos delitos deben ser reprimidos penalmente en defensa de los intereses sociales que por medio de tales comportamientos se atacan, ya nuestra ley positiva hace acopio de esta posición al sostener que las formas de realización del hecho punible pueden ser: por acción o por omisión en el artículo 20 CP.

También se explican los delitos de omisión impropia, en la idea de una conducta humana genérica dentro de la cual la acción y la omisión son sub-especies por consiguiente, ambas caben dentro del tipo penal de resultado que sí esta prescrito en la ley penal en la que se protege un bien jurídico para que éste no sea lesionado, lo cual puede ser mediante una acción o de una omisión de quien esta obligado a salvar ese bien jurídico.

Otras tendencias se basan en la relación de causalidad aduciendo, que quien no impide el resultado pudiendo y debiendo hacerlo es verdadera causa de él. Incluso algunos optan por buscar la forma de punición de esta clase de delitos acudiendo al digesto que se da casi en los orígenes del derecho penal invocando de esta forma un derecho consuetudinario.

4.c.2. ASPECTO OBJETIVO.

En la omisión impropia los elementos normativos y descriptivos de la descripción legal, no están contenidos de forma expresa en la norma, es por ello que se requiere de una formación judicial, siendo el juez el obligado a realizar una complementación del tipo penal respectivo, lo que ha permitido poner en entredicho su constitucionalidad ya que el principio de legalidad prohíbe la indeterminación del supuesto de hecho y de las consecuencias jurídicas del delito.

Los elementos que requiere esta figura son:

- a) El sujeto: que al igual que en el delito doloso de comisión, existe un sujeto activo y un sujeto pasivo. Aquí el autor debe ser determinado por el juez individualizando sus características en base a la denominada posición de garante la cual supone que el sujeto tenga una especial relación con el bien

- jurídico tutelado. Ejemplo: vigilante, cuidandero, médico, enfermera, maestra, padres etc.
- b) La situación típica: el supuesto de hecho contempla los presupuestos contenidos en el tipo, esto es, la situación objetiva ej. La producción de una afectación a un determinado bien jurídico.
 - c) La no realización del mandato: el sujeto debe exteriorizar una conducta distinta de la ordenada, es decir omitir la acción mandada.
 - d) Posibilidad de realizar la acción mandada: si el sujeto no está en posibilidad, no se le puede obligar y su comportamiento sería atípico. No evitarlo pudiendo hacerlo como el caso del socorrista, sería igual a producirlo.
 - e) Causalidad hipotética: en la omisión impropia, sólo cabe hablar de una causalidad potencial o hipotética. Otros autores le denominan "nexo de evitación", así, la madre que teje calcetines mientras su bebé muere de inanición, no causa la muerte por el comportamiento de tejer. El nexo de evitación se da entre la acción omitida (alimentarlo) y el resultado muerte.
 - f) El nexo de evitación se deduce de la ley en base al artículo 20 CP, el resultado en la omisión impropia debe existir en sentido físico así lo exige dicho artículo, este resultado se infiere del contenido del tipo comisivo respectivo.
 - g) Otros elementos serían: que el bien jurídico esté determinado y en algunos casos, que se den circunstancias de tiempo, modo o lugar objeto de la acción, dependiendo de la exigencia del tipo penal en cada caso.

En la omisión impropia, el contenido del deber de actuar se determina de acuerdo a las circunstancias de cada caso ante la lesión o puesta en peligro del bien jurídico. Es ese contenido del deber de actuar, lo que constituye la situación típica como podría ser: la meta que ha de alcanzarse mediante la intervención activa, el bien jurídico que debe protegerse, las circunstancias concomitantes, etc.

La estructura del tipo de los delitos de Omisión Impropia, coincide con la de los delitos de Omisión Propia, con el agregado especial de que se requiere de la característica especial de autor de la posición de garante así:

a) La situación típica: consiste en la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico, esto es, que haya producido un resultado típico establecida en un delito de comisión ej. La muerte, la privación de libertad, el incendio, etc.

b) La no ejecución de una acción tendiente a evitar un resultado, bien en aquel caso de que el garante se ha esforzado seriamente a impedir la producción del resultado, pero lo hace negligentemente, es decir que se toma en consideración la culpa por un mal empleo de los medios de que disponía para evitarlo.



c) Poder final de hecho (capacidad de evitar el resultado). Esta capacidad de evitación presupone:

- 1- El conocimiento de la situación típica, es decir, que requiere de que el sujeto conozca de la inminente producción del resultado y no haga nada. Ej. Ve que un niño va a tomar una hoyo de agua hirviendo y no lo evita, no obstante saber de ese peligro que puede producir incluso la muerte.
- 2- La posibilidad de reconocer el medio para evitar el resultado, saber como va a salvar el bien jurídico amenazado.
- 3- La posibilidad real-física de evitar el resultado. En este caso se requiere realizar un juicio hipotético sobre si la persona podría haber evitado el resultado con su intervención. Solo se establece una probabilidad o posibilidad de que el resultado se habría evitado al ejecutar la acción omitida.

Welzel⁴⁷⁰ señala una fórmula causal heurística diciendo: “la persona que ha omitido no ha evitado el resultado, cuando la acción omitida no puede ser agregada mentalmente sin que el resultado desaparezca”.

El autor de la omisión es sancionado por el hecho de no haber evitado el resultado y no porque él lo haya causado. La denominada causalidad que se requiere en la acción, para los delitos de omisión no se da pues la no ejecución de una acción, no causa absolutamente nada.

4.c.3 La característica de autor (posición de garante).

Esta es la parte extralegal del tipo denominada así por Welzel⁴⁷¹ que le corresponde al juez elaborar. La posición de garante es la que convierte al que omite evitar un resultado típico en autor de omisión, siempre que este en una estrecha relación con el bien jurídico lesionado.

La Posición de Garante, corresponde a una determinada persona denominada “garante” la obligación de un hacer positivo que evite la lesión de un determinado bien jurídico el cual se le ha confiado y de quien se espera que ante tal peligro realice una intervención activa.

El garante es jurídicamente responsable de que el resultado no se produzca; no existe una delimitación expresa de quien tiene el deber de evitar el resultado, ya que en la actualidad sólo se cuenta con una norma que señala el mandato de determinación proveniente de un deber jurídico y no sólo moral, teniendo que deducir de esta norma, quien tiene el deber jurídico de evitar el resultado la cual esta estipulada en el artículo 20 CP., en la parte general, basándose para su aplicación en la jurisprudencia y la doctrina.

470 Welzel, Hans. Ob. cit. p. 251.

471 Welzel, Hans. Ob. Cit. P. 251.



Las fuentes del deber de actuar para evitar el resultado típico, es una de las tareas más difíciles para el estudioso del derecho, por el hecho de que la posición de garante es una característica objetiva no escrita del tipo en los delitos omisivos impropios.

La posición de garante implica un deber especial de garantía, no es cualquier cumplimiento de una obligación jurídica de evitar un resultado. Este es el único aspecto que hace la diferencia entre los delitos de Omisión Propia y Omisión Impropia y que compete analizar en la situación típica, pues el injusto depende de un deber jurídico específico entre el sujeto y el bien jurídico. Así, el socorrista de un balneario, la madre respecto a su menor hijo, el maestro de un kinder, el encargado de una guardería, etc.

El delito de Omisión impropia como ya se dijo, sólo puede atribuirse a una persona que tenga alguna proximidad o vínculo que le obligue a impedir la lesión de un bien jurídico que esta amparado en una norma prohibitiva. Esta persona, esta obligada jurídicamente a proteger ese bien, de ahí que su omisión ante el peligro o lesión del mismo es la que se sanciona.

La posición de garante se tiene por un imperativo legal de resguardar activamente bienes jurídicos que están amparados en una norma prohibitiva; al garante se le impone una obligación cual es, salvar determinados bienes jurídicos que se ven amenazados; cuando esta obligación se incumple, es que la omisión puede equipararse con la conducta activa que esta contenida en un tipo penal de carácter prohibitivo. El garante entonces, no es cualquier sujeto, sino aquel que se encuentra jurídicamente obligado a impedir el resultado prohibido.

El problema que presenta la omisión impropia es que no todos los tipos de omisión impropia están escritos en la ley, ya que es imposible la tipificación legal de todos los supuestos en los que un sujeto que se halla en una posición de garante haga que su conducta distinta a la debida, equivalga a la causación del resultado.

Algunas legislaciones como la nuestra, han incorporado a su parte general una regla genérica para esta clase de delitos, otras que suman la mayoría, han omitido hacer referencia alguna a los mismos, lo que ha dado lugar a que estos delitos no sean objeto de punición.

Inicialmente la posición de garante estaba circunscrita a la ley, la especial aceptación y un hacer peligroso precedente; por medio de la ley se impone a determinadas personas la obligación de actuar; con la especial aceptación se generan ciertas obligaciones de protección como el caso del profesor de natación, de una niñera, etc., en ellas no hay un compromiso expreso o contrato que las obligue a aceptar la obligación de protección, no se requiere para ellos un acto jurídico formal que les obligue, basta con que el encargado de dicha custodia acepte asumirla.

La ley de igual forma, impone una obligación a los padres respecto de la crianza, cuidado y educación de sus menores hijos quienes deben de impedir cualquier mal que pudiera sobrevenirles.



Luego se incorporó a la posición de garante el hacer peligroso precedente, con el cual se origina una situación de riesgo que amenazare un bien jurídico como es el caso de quien embriaga a otro hasta hacerle perder la razón, queda obligado a evitar cualquier mal que este sujeto pueda causarse así mismo o bien a terceros, encontrándose bajo los efectos del alcohol.

Posteriormente se incrementa a la posición de garante, la obligación de actuar a aquellos que tuvieron un vínculo de estrecha relación o comunidad de vida y de peligro, como sería por ejemplo una comunidad de vida familiar que les obliga a tomar una posición de seguridad para con los miembros del grupo, tesis que aún no ha sido muy difundida y que tiende a atentar contra el Principio de legalidad por su poca especificidad. Para Bustos Ramirez⁴⁷², las fuentes de donde surge la posición de garante, se clasifican desde un punto de vista formal o material.

1) Lo formal: hace distinción entre posición de garante de origen legal, (el deber de cuidado que tienen los padres con respecto a sus menores hijos o el tutor o curador de un incapaz); contractual (el caso del socorrista contratado para vigilar la playa); y el hacer precedente o injerencia (el deber de garante puede nacer de un actuar precedente peligroso como encender una fogata en el campo y retirarse sin apagarla). Esta misma posición es sustentada por Zaffaroni⁴⁷³ quien dice que las fuentes de las cuales puede surgir la posición de garante son tres: la ley, el contrato y la conducta anterior del sujeto, es por cualquiera de estas formas que se puede alcanzar tal posición jurídica.

- 1- Deber de garante por vía legal: es la de los padres respecto de sus menores hijos.
- 2- El contrato como fuente de la posición de garante se da cuando crea la obligación de garantía para una de las partes, así, la enfermera con respecto al cuidado de un enfermo, el guía que conduce al grupo de excursionistas, el médico de turno en un hospital, etc.
- 3- La conducta precedente: a la cual se agregan las relaciones de vida.

2) Lo material: considerada la división más aceptable ya que la formal no dice nada sobre la legitimidad material de la fuente y sus límites. Esta división considera el contenido y los límites de la posición de garante la cual solo puede surgir de la posición de protección en relación a determinado bien jurídico.

Así surgen dos formas de fuentes de garante: por un deber de defensa de determinado bien jurídico y, por un deber de supervigilancia de determinadas fuentes de peligro los cuales pasamos a analizar.

472 Bustos Ramírez, Juan. "Manual de Derecho Penal" 4ª. Edic. PPU.,Barcelona, 1994. P. 412.

473 Zaffaroni, Eugenio Raúl. "Manual de Derecho Penal" (Parte General), 5ª. Edic. EDIAR, Buenos Aires. 1987.p. 457.

a) Posición de garante sobre la base de la defensa de determinados bienes jurídicos.

Es cuando una persona no está en condición de proteger sus bienes jurídicos y hay otra que tiene una relación de defensa con respecto a aquella así surgen:

- 1- Deberes de garante en razón de relaciones familiares de cuidado.
- 2- Deberes de garante en razón de posición de órgano representativo.
- 3- Deberes de garante en razón de estrechas relaciones de comunidad.
- 4- Deberes de garante en razón de asunción consentida de una función de protección.
- 5- Deberes de garante en razón de asunción unilateral de una función protectora.

Veamos ahora en que consiste cada una de estas formas en las que se tiene un deber de garante.

- **Por relaciones familiares de cuidado:** Los padres para con sus menores hijos tienen un deber legal de cuidado, lo mismo de los hijos para con sus padres ya ancianos, este deber se extiende a los hijos ilegítimos, entre cónyuges, entre hermanos, por lo que en cada caso concreto deberá valorarse esta relación con una interpretación restrictiva para no caer en excesivo literalismo interpretativo que haga responsables por ejemplo a aquellos que aún cuando estén dentro de cualquiera de estas formas de relación de deber, para el caso no convivan juntas o la persona a quien se deben se encuentren al cuidado de otra persona y no de ellos.

- **Por razón de posición de órgano representativo:** aquí debemos considerar la situación en que se encuentran las personas jurídicas quienes solo pueden actuar mediante sus órganos surgiendo respecto de éstos, determinados deberes en relación a los bienes jurídicos e intereses de dichas personas jurídicas.

- **Deber de garante en razón de estrechas relaciones de comunidad:** por lo general sólo se aceptan dos casos:

a) El de la comunidad de peligro (grupo de excursionistas).

b) La comunidad de hogar o habitacional (personas que viven bajo el mismo techo). La dificultad que presenta esta forma de deber es como poder marcarle límites al mismo con criterios precisos o en que tal posición se amplíe por ejemplo al decir que los que viajan en un tren a lo largo del país o van en un avión de un país a otro, tienen entre sí deberes de garante. La doctrina sostiene que desde un punto de vista restrictivo, esta fuente material no es aceptable.

- **En razón de asunción consentida de una función de protección.** Se da cuando una persona ha depositado su confianza en otra y ésta lo asume, por ejemplo el guardavidas en un balneario, la encargada de una guardería infantil, el guía de una excursión o de un grupo de niños scouts, etc.

- **En razón de asunción unilateral de una función protectora:** se constituye por un acto de fuerza bien sea individual o institucionalizado por ejemplo el



personal de un centro de resguardo de menores, de servicio penitenciario en relación a los reclusos o internos, el guía de un ciego etc.

b) Posición de garante en virtud de supervigilancia: aquí se comprenden varias situaciones como serían: el deber de vigilancia que tiene el dueño de animales peligrosos, los encargados de una construcción, de servicios o industrias, etc., quien ejerce este dominio tiene el deber de cuidar que tales objetos o cosas no sean un peligro tomando las debidas precauciones para ello. Otros casos serían, los deberes que surgen en razón de la supervigilancia que ha de ejercerse sobre el actuar de terceros por ejemplo el actuar de personas inimputables o incapaces, son los padres, tutores, profesores etc., los responsables. También se da en el caso del actuar de subordinados por ordenamiento jerárquico en relación a sus inferiores en el servicio militar o en instituciones de seguridad pública.

Para Welzel⁴⁷⁴, las clases de posición de garante surgen:

1- Por estar reconocida en un precepto jurídico: Como en el caso de las instituciones del matrimonio, la familia, la patria potestad, la paternidad, etc., en todas ellas se establecen deberes jurídicos de garante que se encuentran establecidos en el código de familia. En la actualidad se ha denominado esta figura como “la estrecha comunidad de vida”.

Existe como un sub-grupo de éste: el deber de protección y asistencia entre parientes cercanos, en el cual el contenido del deber varía dependiendo de la relación de parentesco que exista. Así, si el vínculo es más directo ej. Padres en relación a sus hijos, hay una imposición de este deber que abarca no solo el cuidado de la vida o la integridad, sino también del patrimonio, de la conducta de éstos, etc. Si es un deber entre parientes cercanos, se limita a evitar el peligro para la vida o la integridad corporal. Esto debe ser recíproco (de hijo a padre), entre cónyuges etc.

2- La posición de garante por asumirse de hecho la garantía: Esta posición surge principalmente por asumir deberes contractuales como el caso de la niñera contratada que esta a cargo del cuidado de un niño, el guía de la montaña que conduce una expedición, etc. También puede provenir la posición de garante, por haber asumido la garantía de forma independiente a cualquier relación contractual (la que se conoce como injerencia) ejemplo son los servicios médicos de urgencia, meras relaciones de favor, en el caso de los médicos de servicio o del que ayuda al ciego a cruzar una calle, llevar al ebrio a su casa, dirigir el tráfico, etc.

La denominada injerencia es: el actuar precedente peligroso que con su hacer activo origina un peligro de que se produzca un resultado típico. Este sujeto se encuentra obligado a impedir dicho resultado. Así, el jefe que no advierte que su empleado ha quedado dentro del negocio y cierra, debe ir a liberarlo tan pronto tenga

474 Welzel, Hans. Ob. Cit. P. 252.

noticia de ello para no incurrir en una privación de libertad, el que pone ebrio a su amigo en su casa, debe impedir que este conduzca en tal estado y atropelle a un peatón.

3- Posición de garante por una especial relación de lealtad: Esta junto con la injerencia, constituyen una de las posiciones de garante más problemáticas, se le considera dentro del grupo de posición de garante lo más moderno al que se le ha denominado “comunidad de vida” ej. Un sobrino que cuida al tío enfermo acogido en su hogar, el vínculo por una relación amorosa libre, por relación de vida entre cónyuges, etc.

Así también la denominada “comunidad de peligro” esta figura se da en casos de garantía de una protección asumida recíprocamente ej. Al darse el hundimiento de un barco, o en el caso de relaciones especiales de lealtad con serían relaciones de índole comercial estrechas en las que una parte depende de la honradez de la otra. (negocios de crédito, bancarios, seguros, etc.).

4.d. ASPECTO SUBJETIVO

En la omisión impropia, la consumación del delito requiere como ya antes mencionamos, de que se produzca un resultado típico ejemplo: la muerte del lesionado en un homicidio culposo por omisión de socorro. En tal caso, el resultado es objetivamente imputable al que omite, si éste con su comportamiento precedente creó el riesgo.

Respecto a la causalidad que permite hacer una imputación objetiva, en la actualidad se rechaza mayoritariamente la existencia de ésta en la omisión, pues no existe de parte del omitente un despliegue de fuerzas para producir el resultado sino una inactividad.

Al derecho no le interesa una concurrencia de relación causal mecánica, sino que le interesa si la acción posible para el que omite hubiera podido evitar el resultado. Es por ello, que se habla de una “causalidad hipotética” basada en una posibilidad de si el hacer positivo hiciera desaparecer el resultado.

Este se considera la parte interna del supuesto de hecho omisivo doloso y se conforma tanto por el dolo como también en casos excepcionales, por elementos subjetivos del tipo ejemplo: la figura del homicidio agravado artículo 129 CP. , (alevosía, premeditación), en relación con el artículo 128 CP.

EL DOLO: no puede configurarse de forma semejante al delito doloso de comisión, por la razón de que el supuesto de hecho en el tipo omisivo tiene una configuración especial, integrándose como veremos tanto por el aspecto cognoscitivo como por el aspecto volitivo según sostiene Velásquez⁴⁷⁵.

475 Velásquez, Velásquez, Fernando. Ob.Cit.p. 388.



Así, el componente cognoscitivo requiere en primer lugar, que el agente tenga para el caso, conocimiento de la posición de garante, circunstancia que implica que conozca en el caso concreto que él tiene la tutela de ese bien jurídico. En segundo lugar se requiere que el agente tenga conocimiento de la situación típica y del curso causal cuando el tipo es de resultado y en tercer lugar, se requiere de la posibilidad de representación de la conducta debida y de la forma de poder evitarlo.

En el componente volitivo: es necesario que el sujeto quiera la realización del tipo en su aspecto objetivo y que tenga voluntad de la realización de la conducta omisiva.

Las causas de atipicidad en los delitos omisivos dolosos pueden darse por la ausencia de los elementos objetivos del tipo ejemplo: que el sujeto no tenga la calidad que el tipo señala, que no haya nexo de evitación o resultado, falta el dolo o el elemento especial subjetivo.

Si hay desconocimiento de la posición de garante, hay error de tipo ejemplo: abandonar a una persona que esta incapacitada de valerse a si misma, creyendo que ésta finge, hay error.

El aspecto subjetivo doloso requiere que el sujeto tenga como ya antes dijimos:

- a) Conocimiento de la situación típica
- b) Posibilidad de conocer la forma de evitar el resultado
- c) Posibilidad real de poder evitar ese resultado.
- d) El deber de evitar el resultado (posición de garante)

El desconocimiento debido a error vencible o negligencia, da lugar a una imputación por imprudencia. Además de una causalidad hipotética, en la comisión por omisión se requiere que el sujeto tenga la obligación de tratar de impedir el resultado en virtud de determinados deberes cuyo cumplimiento ha asumido o le incumben en razón de su cargo o profesión.

Esta es la razón por la cual el sujeto se convierte en garante de que el resultado no llegue a producirse. Para ser garante se requiere: de que exista una especial vinculación con el bien jurídico protegido ejemplo: la madre en relación a su hijo recién nacido tiene especial obligación de alimentarlo, el médico tiene obligación de atender al accidentado y procurar salvarlo, el que maneja sustancias explosivas, tiene obligación de evitar que se produzca una explosión o incendio, etc.

En los delitos de omisión impropia el dolo se configura por el aspecto cognoscitivo que es el conocimiento de la situación típica y la previsión de la causalidad, así como también requiere de que el sujeto conozca la calidad o condición que lo ubica en la "posición de garante" (padre, enfermera, guía, etc.), y de tener conocimiento de que le es posible impedir la producción del resultado, contar con un poder de hecho para interrumpir la causalidad que llevaría a que ese resultado se diera.

A juicio de Susana Huerta⁴⁷⁶, no hay relación de causalidad entre la Omisión del garante y el resultado típico no evitado por éste, ni siquiera dice existe una causalidad ideal de la omisión basada en un procedimiento hipotético. Solo cuando la acción exigida habría evitado con seguridad el resultado típico, podrá serle objetivamente imputable al omitente garante, a pesar de no haberlo causado. Para dicha autora, sería recomendable que la comisión por omisión se dotara de una normativa propia bajo un sistema de *numerus clausus* que haga específica referencia a las posiciones de garantía que en cada caso hacer surgir el deber de actuar.

Otros autores como Jescheck⁴⁷⁷ sostienen, que en la omisión se requiere de hacer una adaptación de las reglas que respecto al dolo rigen en los delitos de comisión, ya que en la omisión falta el hacer positivo que se da como producto de una voluntad de acción, estructurando el tipo objetivo de la siguiente forma:

- a) la situación típica
- b) La ausencia de la acción exigida
- c) La capacidad personal de acción en el caso concreto
- d) El resultado típico
- e) Una probabilidad de su evitación
- f) Sólo los elementos de la posición de garante, pero no el propio deber de acción que de ella se deriva el cual para este autor pertenece a la antijuricidad.

5- ANTIJURICIDAD.

En los delitos de omisión, la tipicidad es un indicio de la antijuricidad, la cual puede ser excluida por un deber opuesto de mayor o igual valor, o por cualquier otra causal de justificación. Esta categoría dogmática también se aborda en los hechos omisivos no obstante que su estructura es igual que en los hechos comisivos, por lo que debemos remitirnos al apartado que trata la antijuricidad y sus causas de justificación.

En los delitos de omisión tanto propia como impropia, también se tienen que valorar las causas de justificación de la misma forma en que se hace para los delitos comisivos. Así, el sujeto que aún tratando de evitar el riesgo de que el niño muera asfixiado omite advertirle que si salta por la ventana de un tercer piso se puede matar y solo se preocupa por apagar el incendio y no porque el niño salte, ese resultado de producirse no le sería imputable por un estado de necesidad.

La posición de garante es una característica de autor del tipo para algunos autores, en los delitos de omisión impropia, la cual se diferencia del deber de garante,

476 Huerta Tocildo, Susana. Ob. Cit. P. 46

477 Jescheck, Hans-Heinrich. Ob. Cit. P. 865.



en que éste se da cuando esta firme el cumplimiento del tipo y no concurren causas de justificación. La antijuricidad por no cumplir el deber de garante se excluye para el caso de un conflicto de bienes de mayor o igual valor o cuando concurren otras causas de justificación.

En la omisión impropia por ejemplo, el sujeto no socorre a otra persona por ser ésta su enemigo quien cayó al fondo de un barranco, pero estando ahí le amenaza con dispararle si se acerca, en tal caso la omisión de socorro esta justificada por legítima defensa o bien el caso del que omite denunciar a un violador porque tiene en poder de él a su hija con amenaza de matarlo, la omisión de aviso en este caso igual se justifica por un estado de necesidad.

6-CULPABILIDAD.

En los hechos omisivos no presenta diferencia en cuanto al análisis que de ella se hace en los delitos dolosos de comisión, por tanto, lo que respecto a este tema se ha tratado anteriormente, cabe aplicarlo a las figuras omisivas ya que las causales de inculpabilidad son las mismas

La omisión contraria al deber le es culpable al individuo, si:

- a) el deber de actuar le era reconocible al omitente
- b) si su cumplimiento le era exigible. La culpabilidad queda excluida, cuando no se le puede exigir al obligado el sacrificio de un interés cercano de poco valor para poder cumplir con el deber de actuar.

En el primer caso estamos ante la imputabilidad y en el segundo, ante la inexigibilidad así, el que omite no debe correr peligro para cumplir con el deber de auxilio, la inexigibilidad sólo se puede dar en el marco de un estado de necesidad exculpante si se trata de una omisión impropia, por el deber de garante de quien omite.

Puede haber error sobre el deber de garante: así, cuando el omitente conoce de su posición de garante, surge objetivamente su deber de impedir el resultado. Si a pesar de su conocimiento de la posición de garante el omitente cree no tener ningún deber legal de impedir el resultado, incurre en error de prohibición.

Así también, cuando el omitente no evita que el resultado se produzca, porque cumplirlo requería el sacrificio de un interés personal en sí mismo de menor valor ej. El obligado o su familiar están en peligro para su vida o integridad corporal, en este caso se da la no exigibilidad de la obediencia al derecho.

**BIBLIOGRAFIA.**

- 1- Bustos Ramírez, Juan. "Manual de Derecho Penal" 4ª. Edic. PPU., Barcelona. 1994.
- 2- Gimbernat Ordeig, Enrique. "La Comisión por Omisión". Consejo General del Poder Judicial. Madrid, junio, 1994.
- 3- Huerta Tocildo, Susana. "Problemas Fundamentales de los Delitos de Omisión". Ministerio de Justicia, Centro de Publicaciones. Madrid. 1987.
- 4- Jescheck, Hans-Heinrich. "Tratado de Derecho Penal" (Parte General). Vol. 2º. Bosch, casa Editorial, S.A. Barcelona, España. 1981.
- 5- Muñoz Conde, Francisco. "Teoría General del Delito" Edit. TEMIS, Bogotá, Colombia. 1984.
- 6- Novoa Monrreal, Eduardo. "Fundamentos de los Delitos de Omisión". Ediciones Depalma. Buenos Aires, 1984.
- 7- Silva Sánchez, Jesús-María. "El Delito de Omisión, concepto y Sistema". Librería Bosch, Barcelona. 1986.
- 8- Velásquez Velásquez, Fernando. "Derecho Penal". (Parte General) Vol. 2º., Bosch, Casa Editorial, S.A., Barcelona, España. 1981.
- 9- Welzel, Hans. "Derecho Penal Alemán" (Parte General), 11ª. Edic. Edit. Jurídica de Chile, 1993.
- 10- Wessels, Johannes. "Derecho Penal Parte General", Edic. Depalma, Buenos Aires, 1980.
- 11- Zaffaroni, Eugenio Raúl. "Manual de Derecho Penal" (Parte General), 5ª. Edic. EDIAR, Buenos Aires. 1987.



LA PARTICIPACIÓN EN EL DELITO

MIGUEL ALBERTO TREJO*

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Concepto y Clases. 3. Autoría. 3.a. Concepto. 3.b. Teorías. 3.c.2. Regulación legal y formas de autoría. 4. Participación. 4.a. Instigación. 4.a.1. Concepto. 2. Fundamento de la punibilidad. b) Complicidad. 1. Concepto y formas. 4.a.2. Fundamento de la punibilidad. 5. Principio de Accesoriedad. 6. Participación en Delitos Cuñposos y Omisivos.

1. INTRODUCCIÓN

El Código Penal salvadoreño distingue, cuando varias personas participan en un delito, entre autores y partícipes⁴⁷⁸. Las formas de autoría expresamente reguladas son: la autoría directa (Art. 33) y mediata (Art. 34), la coautoría (Art. 33). Las formas de participación son la instigación (Art. 35) y la complicidad (Arts. 36).

La distinción, entre autores y partícipes, que adopta nuestro ordenamiento punitivo, conocida doctrinalmente como sistema dualista o diferenciador, se contrapone al sistema unitario de autor;⁴⁷⁹ según el cual, cualquiera que haya cooperado en forma causal a la realización del delito, es considerado autor, sin tener en cuenta la trascendencia concreta de su cooperación; la cual cobra significado solamente en el ámbito de la graduación de la pena.

El inciso primero del Art. 32 CP., dispone que de entre todas las personas que pueden participar en la comisión de un delito: “Incurren en responsabilidad penal por el delito cometido, los autores, los instigadores y los cómplices”. Asimismo, en el Capítulo⁴⁸⁰ que regula la adecuación de las penas, se establece la penalidad que corresponde a cada una de esas formas de participación en el delito, en la forma siguiente:

a. Si el hecho se consuma se impone tanto a los autores, coautores, autores mediatos como a los instigadores la pena señalada en la ley (Art. 65). En caso de tentativa, la pena se fija entre la mitad del mínimo y la mitad del máximo de la que corresponde al delito consumado (Art. 68).

* Ha realizado estudios de post-grado en Ciencias Penales en la Universidad de Costa Rica y en la Universidad de Salamanca, España. Es coautor del “Manual de Derechos Penal” y del libro “En Defensa del Nuevo Proceso Penal Salvadoreño”, docente universitario y capacitador de la Escuela de Capacitación del CNJ.

478 Ver la rúbrica “DE LOS AUTORES Y PARTÍCIPES”, del Capítulo IV del Título Segundo -Hecho Punible y Responsabilidad Penal-, del Libro Primero.

479 Ver MIR PUIG, Santiago: “Derecho Penal” (Parte General), 3ª edición corregida y puesta al día, PPU, Barcelona, 1990, p. 389.

480 Ver el Capítulo III del Título III -Penas-, del Libro I del Código Penal.



b. La pena de los cómplices varía en atención a si su cooperación es necesaria -a tal punto que sin ella no hubiere podido cometerse el delito- o si se trata de una cooperación prestada de cualquier otro modo. En el primer caso se fija la sanción entre el mínimo legal de la pena que corresponde al delito y las dos terceras partes del máximo; y entre el mínimo legal de la sanción que corresponde al delito y la mitad del máximo, en el segundo caso (Art. 66). La penalidad en casos de tentativa se fija entre la mitad del mínimo y la mitad del máximo de la pena asignada al delito consumado (Art. 68), en la proporción, según la concreta participación, que señala el Art. 66.

Se colige, entonces, de los preceptos citados lo siguiente:

- a) No toda conducta de participación en un delito es siempre de autoría;
- b) La instigación es una forma de participación delictiva sustancialmente distinta de la autoría, aunque se la considere, a político-criminalmente a los efectos de la punibilidad, de la misma gravedad y, por consiguiente, se castigue con la misma pena; y,
- c) La complicidad es una forma delictiva de participación menos grave que la autoría, aunque graduable -en complicidad necesaria y complicidad no necesaria- según lo que dispone el Código Penal.

Esta postura del legislador salvadoreño que, a los efectos del distinto tratamiento punitivo, toma en cuenta la trascendencia concreta de la participación en el delito, empalma con lo que plantea Roxin⁴⁸¹: “Los conceptos del Derecho Penal deben referirse a imágenes rectoras, que representan una configuración normativa de las estructuras reales de los sucesos”. Por consiguiente, conceptos como autoría, autoría mediata, coautoría, instigación y complicidad se hallan acuñados previamente por la naturaleza de las cosas, no quedan al libre criterio del legislador o del juez. En ese sentido, el legislador ha procurado mantener en el Derecho positivo un contenido congruente a su sentido natural. Esta afirmación nos obliga a estudiar por separado y acorde al orden normativo, los conceptos básicos de autoría y participación, bajo el epígrafe que hemos denominado “Participación en el Delito”.

2. CONCEPTO Y CLASES

Por regla general, las disposiciones de la Parte Especial del Código Penal -los tipos penales- contienen descripciones de acciones u omisiones punibles referidas a un

481 ROXIN, Claus: “Problemas de autoría y participación en la criminalidad organizada”, en Revista Penal, Número 2, Editorial Praxis, Barcelona, 1998, p. 63.



único autor de la acción⁴⁸². Pero, cada tipo penal aparece complementado por enunciados contenidos en la Parte General que extienden la pena a casos en que el hecho es obra de más de una persona. De esa manera, la punibilidad no sólo abarca a los autores de tales comportamientos sino que se amplía también a otras personas que, sin tener esa calidad, cooperan en la comisión del hecho (cómplices) o determinan el comportamiento de otro para que lo cometa (instigadores). El autor inclusive puede obrar en compañía de otros autores (coautores) o servirse, para la ejecución de la acción típica, de otra persona (autoría mediata).

El Código Penal con la rúbrica “De los Autores y Partícipes”, regula todas las formas de participación en el delito y las describe sobre la base de elementos generales. Pero, autoría y participación, no pertenecen, como se deduce de la ley a un mismo plano. La línea de separación discurre entre el autor, el coautor y la autoría mediata, de una parte, y el instigador y el cómplice, de otra, pues también el coautor y el autor mediato comenten la acción punible como autores, aun cuando el primero lo haga en colaboración con otros autores y el segundo a través de otro como instrumento, en tanto que el instigador y el cómplice intervienen en un hecho ajeno. Esto último - inducción y complicidad- como las formas de participación, en sentido estricto, presuponen siempre la autoría de otro.

2.a. Concepto

En forma general, el estudio de la participación en el delito comprende a todas las personas que han tomado parte en la comisión de un hecho punible. Sin embargo, dependiendo de la forma y significado de la contribución al hecho es necesario distinguir entre autor y partícipe; por consiguiente, la teoría de la participación criminal nos proporciona los criterios básicos y necesarios para saber quién ha tenido un papel principal en la ejecución de un delito y quién un papel secundario. El papel principal lo desempeñan los autores y el secundario los partícipes.

2.b. Clases

La participación en el delito puede ser entendida en un doble sentido: uno amplio y otro restringido⁴⁸³.

482 Comúnmente, el delito es obra de una sola persona; sin embargo, con frecuencia los hechos punibles se realizan concurriendo varios sujetos, como coautores o partícipes. Ejemplos de disposiciones referidas a un único autor aparecen el anónimo “el que” o “quien”, en la mayoría de los tipos penales. Excepcionalmente, es posible encontrar disposiciones que aluden a más de un autor, por ejemplo, “quienes” en los Arts. 240 y 341 CP., o “los que” del Art. 348 CP. Estos son los delitos que un sector de la doctrina denomina tipos penales “plurisubjetivos”.

483 Sobre estos conceptos: VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando: “Derecho Pena” (Parte General), Temis, Santa Fe de Bogotá, Colombia, 1994, p. 532.

En sentido amplio abarca a todos los que participan en un hecho delictivo, independientemente del papel que cada uno tenga, bien sea como autores o partícipes. Por el contrario, la participación en sentido restringido únicamente comprende a aquellos cuya actividad está en una relación de dependencia con la del autor o autores. En tal sentido, son partícipes únicamente los instigadores y los cómplices⁴⁸⁴.

Siguiendo la normativa del Código Penal resulta útil el esquema siguiente:

PARTICIPACIÓN EN EL DELITO (Arts. 32 a 39)	A) AUTORES	1) DIRECTOS (Art. 33)
		2) MEDIATOS (Art. 34)
		3) COAUTORES (Art. 33)
	B) PARTÍCIPES	1) INSTIGADORES (Art. 35)
		2) CÓMPLICES (Art. 36)

III. AUTORÍA

3.a. Concepto.

Las disposiciones de la Parte Especial del Código Penal presuponen que la autoría se deduce directamente de la realización de la conducta descrita en el tipo penal. En tal sentido será autor “quien por sí mismo ejecuta una acción amenazada con pena y realiza en su persona las características del tipo objetivo y subjetivo”⁴⁸⁵. Sin embargo, ese concepto referenciado a los tipos penales pareciera comprender únicamente a los autores directos, es decir, a “los que por sí cometen el delito” (Art. 33 CP.), excluyendo a los autores mediatos, o sea, a “los que cometen el delito por medio de otro del que se sirven como instrumento” (Art. 34 CP.), y también a los coautores, los que “conjuntamente con otro u otros cometen el delito” (Art. 33 CP.). Por lo que integrando tanto los preceptos de la Parte Especial como los dispositivos de la Parte General del Código Penal, la autoría sería “la comisión directa, mediata o llevada a cabo en común, de un hecho punible propio”.

3.a.1. Teorías

Varias son las teorías que han tratado de fundamentar quién es autor y, en consecuencia, delimitar a éste de los que son partícipes, las más significativas pueden clasificarse en tres grupos: las teorías objetivas, las teorías subjetivas y la teoría del dominio del hecho.

484 Así, BUSTOS RAMÍREZ, Juan: “Manual de Derecho Penal” (Parte General), Tercera edición aumentada, corregida y puesta al día, Ariel, Barcelona, España, p. 283.

485 WESSELS, Johannes: “Derecho Penal” (Parte General), Traducción de la sexta edición alemana de 1976 por el Dr. Conrado A. Finzi, Depalma, Buenos Aires, Argentina, p. 149.



3.b. Teorías objetivas.

De estas destacan dos: la teoría material-objetiva y la teoría formal-objetiva.

3.b.1. Teoría material-objetiva.

Para esta teoría es autor quien participa en el hecho, sin más; bastando que su aporte se encuentre en relación de causalidad con el hecho cometido, desde el punto de vista de la teoría de la equivalencia de las condiciones⁴⁸⁶. En tal sentido, esta teoría sostiene que toda condición del resultado, por secundaria, alejada o indirecta que sea, es causa del mismo y, por tanto, que a efectos causales todas las condiciones son equivalentes. Este planteamiento, que se atiene a la diferencia que apareciese en la especie e intensidad de la relación causal, nos conduce necesariamente a un concepto unitario de autor, pues desde el punto de vista del resultado obtenido todos los que han participado en el delito han puesto una condición sin la cual aquél no se habría producido⁴⁸⁷.

Las consecuencias de la teoría material-objetiva no guarda correspondencia con el sistema adoptado por nuestro derecho punitivo que, como hemos visto, adopta un sistema dualista que permite diferenciar entre autores y partícipes.

3.b.2. Teoría formal-objetiva.

Esta teoría se atiene estrictamente a la literalidad de las descripciones de la acción contenidas en los tipos penales⁴⁸⁸ y considera autor a “quien realiza por sí solo, total o parcialmente, la acción típica de ejecución”⁴⁸⁹ o quien “realiza algún acto ejecutivo del delito”⁴⁹⁰. Partícipe quien colabora en la realización del tipo con una acción preparatoria o de auxilio. Al introducir como criterio diferenciador entre los participantes en el delito “la acción típica” o el “acto ejecutivo”, su ámbito es, en verdad, más restringido para determinar quién es autor. Sin embargo, ha sido objeto de una doble crítica: por un lado, el criterio del “acto ejecutivo” es insuficiente para fundamentar la autoría mediata; pues, el autor mediato, no realiza “actos de ejecución”; y, por otro, no

486 LUZÓN PENA; Diego-Manuel: “Curso de Derecho Penal”, Editorial Hispamer, Colombia, p. 366.

487 BUSTOS RAMÍREZ, Juan: “Manual ...”, Op. Cit., p. 283.

488 Atiende a la relevancia delimitada por el verbo típico (sólo es autor quien realiza la conducta que el verbo individualiza). Ver ZAFFARONI, Eugenio Raúl: “Teoría del Delito”, Ediar, Buenos Aires, 1973, p. 633.

489 WESSELS, Johannes: “Derecho ...”, Op. Cit., p. 153.

490 MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes, “Derecho Penal” (Parte General), Tirant lo blanch, Valencia, 1993, p. 386.

concibe como coautor, en caso de comisión mancomunada del hecho, al jefe de una banda que, relegado a segundo plano, tampoco realiza “actos de ejecución”.

3.c. Teoría subjetiva

Como la autoría y participación no se distingue nitidamente desde el plano objetivo, era lógico que se buscara la distinción en un criterio subjetivo, originándose así la teoría subjetiva. Esta teoría se fundamenta en la dirección de la voluntad y la actitud interna de quienes participan en el delito. Así, será autor quien actúa con voluntad de autor -animus auctoris-, cualquiera sea su contribución material al delito y quiere el hecho “como propio”. Es partícipe quien actúa con voluntad de partícipe -animus socii- y quiere causar o promover el hecho “como ajeno”. Desde un punto de vista práctico, la falta de interés propio del ejecutor de la acción, pese a realizar por completo el tipo penal, no lo convierte en autor sino en cómplice. La crítica principal de esta teoría está en la arbitrariedad, al dejar la definición a lo que diga el sujeto o a lo que piense el juez.

3.c.1. Teoría del dominio del hecho (objetivo-subjetiva)

Ni una teoría puramente objetiva ni otra puramente subjetiva resultan suficientes para fundamentar de forma convincente la esencia de la autoría y, al mismo tiempo, para delimitar acertadamente entre sí autoría y participación. Estas insuficiencias para el deslinde entre autores y partícipes de las teorías objetivas y subjetiva, trajo consigo que la diferencia se buscara en criterios mixtos, es decir, una síntesis de ambas opiniones doctrinales, cada una de las cuales caracteriza correctamente una cada del problema, pero que aisladamente consideradas desvirtúan el sentido de la totalidad. Así, se ha venido imponiendo el criterio del “dominio del hecho” desarrollado en puntos de vista objetivos y subjetivos⁴⁹¹. Como cada hecho punible forma una unidad que comprende elementos objetivos y subjetivos, la autoría y la participación deben deslindarse mutuamente, de un modo justo, sobre la base del tipo legal mediante una síntesis de criterios objetivos y subjetivos. “No toda contribución causal al resultado típico puede, pues, fundamentar la autoría, sino en principio sólo la realización de una acción típica. Ésta, sin embargo, no puede entenderse únicamente como un actuar con una determinada actitud, ni como un suceso puramente perteneciente al mundo exterior, sino como unidad de sentido objetivo-subjetiva”⁴⁹².

491 En tal sentido se ha dicho: “...actualmente se ha impuesto como teoría objetivo-subjetiva y, efectivamente, aunque el dominio del hecho supone un control final (subjetivo), no requiere solo la finalidad, sino también una posición objetiva que determine el efectivo dominio del hecho”. Así, MIR PUIG, Santiago: “Derecho...”, Op. Cit., p. 394.

492 JESCHECK, Hans-Heinrich: “Tratado de Derecho Penal” (Parte General), Traducción y adiciones de Derecho español por S. Mir Puig y F. Muñoz Conde, Volumen Segundo, Bosch, Barcelona, 1981, p.898.



Dominio del hecho significa “tener en las manos el decurso del suceso típico abarcado por el dolo”⁴⁹³. De ese modo, “es autor quien tiene realmente el poder sobre la realización del hecho descrito en el respectivos tipo legal”⁴⁹⁴ o “quien domina finalmente la realización del delito, es decir, quien decide en líneas generales el si y el cómo de su realización”⁴⁹⁵.

Según este criterio, aceptado por una buena parte de la doctrina, autor es quien, como figura central del suceso, tiene el dominio del hecho conductor conforme a un plan y de esta manera está en condiciones de frenar o no, según su voluntad, la realización del tipo. Partícipe es quien, sin tener el dominio propio del hecho, coopera o de determina, como figura marginal del suceso real, la comisión del hecho.

El criterio del dominio del hecho establece la diferencia entre autores y partícipes, según la forma y la importancia de la colaboración objetiva y sobre la base de la participación volitiva; pues, el autor domina o codomina el si y el cómo de la realización del tipo como para que el resultado se presente como la obra de su voluntad dirigida a un fin o de voluntad coestructurada del hecho. En cambio, la participación es la cooperación o determinación, conseguidas sin dominar el hecho, de una acción u omisión ajena.

La enorme ventaja de esta teoría está en que permite incluir las otras formas de autoría: la autoría mediata y la coautoría, que no estaban abarcadas por las teorías anteriores.

Las formas en que puede presentarse el dominio del hecho son:

- a) En la autoría directa, como “dominio de la acción”;
- b) En la autoría mediata como “dominio de la voluntad” del instrumento; y,
- c) En la coautoría como “dominio funcional del hecho” de los coautores que actúan dividiéndose la tarea.

Existen, sin embargo, algunas formas de delito, por ejemplo, los culposos⁴⁹⁶, los omisivos -comisión por omisión-, especiales, en los cuales el dominio del hecho tiene que ser completado por otros criterios específicos: infracción del deber, posición de garante, etc. En tales casos autor es quien domina el hecho materialmente y tiene el deber específico de impedir el resultado típico.

493 WESSELS, Johannes: “Derecho ...”, Op. Cit., p. 154.

494 BUSTOS RAMÍREZ, Juan: “Manual ...”, Op. Cit., p. 284.

495 MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes, “Derecho...”, Op. Cit., p. 386.

496 “Autor de un injusto doloso no es el que causa un resultado, sino el que domina el hecho. En lugar, el autor del injusto culposo es el que con su acción contraria al deber de cuidado causa el resultado típico. En tanto que en el injusto doloso la autoría se limita principalmente por la finalidad que da el dominio del hecho, la autoría culposa se determina fundamentalmente por la causalidad”. Así, ZAFFARONI, Eugenio Raúl: “Teoría...”, Op. Cit., p. 629.

3.c.2. Regulación legal y formas de autoría.

3.c.2.1. Regulación legal.

El Código Penal castiga como autor a quien cometa por sí mismo el delito (autoría directa, 33) o por medio de otro del que se sirve como instrumento (autoría mediata, 34). Si conjuntamente con otro u otros cometen el delito, cada uno será castigado como autor (coautoría, 33).

En efecto, el Art. 33 CP., dice: "Son autores directos los que por sí o conjuntamente con otro u otros cometen el delito". El Art. 34 CP., "Se consideran autores mediatos los que cometen el delito por medio de otro del que se sirven como instrumento".

De las normas transcritas se colige que, con calidad de autor, se puede participar en un delito de diversas formas, por ejemplo, como autor directo, mediato o coautor. No aparece regulada expresamente la autoría accesoria como tampoco la autoría sucesiva, pero, ambas formas de autoría se rigen por los principios que a continuación veremos.

3.c.2.2. Formas de autoría.

1^a. La autoría directa. Es autor directo quien de modo directo y personal comete el delito⁴⁹⁷. El dominio del hecho aparece, en esta forma de autoría, como un dominio personal de la acción del propio sujeto. Dos son los ámbitos normativos de los que se extrae este concepto: a) del Art. 33 CP., que expresamente alude a los que individual y directamente por sí cometen el delito, es decir, ejecutan el hecho; si la participación es conjunta y da lugar a una co-ejecución, estaremos ante una coautoría, de la que nos ocuparemos más adelante; y, b) de la descripción que del sujeto activo se hace en cada tipo penal de la Parte Especial, o sea, el anónimo "el que" o "quien" que aparece en cada tipo penal.

2^a. La autoría mediata. La autoría mediata no ha sido siempre aceptada por la doctrina, sea porque se cuestiona su necesidad (concepto unitario de autor), sea porque se le formulan reparos desde el principio de legalidad. Nuestro Código Penal al diferenciar la autoría mediata de otras formas de autoría entre sí -directa y coautoría- y éstas de otras formas de participación, por una parte y, por otra, al establecer una disposición expresa sobre la misma, está relevado de ambas críticas.

Concepto. Autor mediato es el que dominando el hecho y poseyendo las demás características especiales de la autoría, se sirve de otra persona para la realización del delito. En esta forma de autoría el autor no comete directa y personalmente el delito,

497 MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes, "Derecho...", Op. Cit., p. 387.



sino por medio de otra persona de la que se sirve como instrumento, que es quien lo realiza⁴⁹⁸. Para expresar esta forma de autoría figuradamente se ha dicho que el autor mediato utiliza, para cometer un “hecho propio”, “manos ajenas”⁴⁹⁹.

Caracteriza a la autoría mediata la posición subordinada del instrumento y el papel dominante del autor mediato⁵⁰⁰, que comprende correctamente la situación de hecho y tiene “en sus manos” el suceso total en virtud de su voluntad dirigida completamente a la realización del plan.

El Art. 34 Inc. 1º CP., dice: “Se consideran autores mediatos los que cometen el delito por medio de otro del que se sirven como instrumento”. El autor mediato debe poseer las “calidades personales” u obrar en determinadas “circunstancias de carácter subjetivo”, aunque ellas no concurren en el instrumento, que el tipo penal exige para ser autor (Inc. 2º).

Para esta forma de autoría el criterio que permite castigar al autor real y no al instrumento es el del dominio de la voluntad del instrumento. Pues es obvio que cuando alguien se sirve, como instrumento de comisión del delito, de otra persona que lo realiza, domina la voluntad del instrumento. Por lo dicho resulta imprescindible la acción por parte del instrumento, o sea, si la autoría mediata supone el dominio de la acción o de la voluntad del instrumento, es imposible hablar de autoría mediata cuando existe ausencia de acción por parte del instrumento.

Sin pretensión de exhaustividad se pueden citar las siguiente formas en que puede aparecer la autoría mediata:

Instrumento que obra sin dolo. Estos casos se presentan cuando se utiliza como instrumento a otro que actúa desconociendo y sin voluntad de querer realizar el tipo objetivo. En tal sentido, el instrumento realiza una acción que no se dirige al mismo fin del autor mediato sino a uno distinto, por tanto, “ignora” (desconoce, le falta conocimiento) u “obra con error” (falsa apreciación de la realidad) sobre las circunstancias del tipo objetivo. En ambas situaciones actúa, entonces, con error de tipo (Art. 28 Inc, 1º CP.). En estos casos el autor mediato, para alcanzar el fin propuesto, apoya su dominio de la voluntad en el mayor conocimiento que tiene de las circunstancias del tipo con respecto de la “ignorancia” o “error” del que obra sin dolo. Por ejemplo, el caso de un médico que entrega con voluntad homicida a una enfermera una inyección de morfina demasiado fuerte, para ser aplicada a un paciente. Ella inyecta y el paciente muere. El médico es autor mediato doloso, la enfermera, instrumento que obra sin dolo. Ob-

498 Vid., *Ibid.*, p. 387.

499 WESSELS, Johannes: “Derecho ...”, *Op. Cit.*, p. 159.

500 Además, de esos dos aspectos, se señalan como requisitos: que debe tratarse de un hecho doloso y que el tipo penal no requiera realización corporal, entre otras. Así, VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando: “Derecho...”, *Op. Cit.*, p. 541.

sérvase que en estos casos la autoría mediata surge porque el instrumento “desconoce” o “ignora” el significado de la acción que realiza (Arts. 34 Inc. 1º y 28 Inc. 1º CP.). Puede presentarse también cuando alguien se aprovecha o provoca un “error” de tipo. Por ejemplo el cazador que grita a otro que dispare a la pieza, sabiendo que es una persona que se ha disfrazado de oso.

Instrumento que obra sin el elemento subjetivo especial de la autoría. Es decir, actúa sin la intención específica que pertenece al tipo subjetivo. En estas hipótesis se incluyen las situaciones en que si bien no hay duda sobre el significado del comportamiento por parte del instrumento (dolo), éste carece del elemento subjetivo específico del tipo legal. Se citan como ejemplos: a) el dependiente de un almacén que lleva a su jefe, con el que quiere quedar bien, todos los días mercadería que sustrae, de lo cual aquél es plenamente consciente; b) el patrón que solicita a su empleado que meta en su potrero algunas cabezas de ganado del vecino, aunque el empleado carezca del ánimo de lucro que exige el tipo penal será autor mediato de hurto (Arts. 34 Inc. 2º y 207 CP.). En ambos ejemplos, el instrumento carece del especial elemento subjetivo de la autoría.

Instrumento no calificado en los delitos especiales. También existe autoría mediata en los casos en que el instrumento no actúa típicamente porque falta en él una especial cualificación para ser autor, que si concurre en el mandante (el autor mediato). Por ejemplo, el amigo de un funcionario que por solicitud de éste lleva a cabo una alteración en los libros de una registro público que aquél dirige (Art. 285 CP.).

Para evitar absoluciones politicocriminalmente inconvenientes, el legislador salvadoreño optó por prever en la ley ambas situaciones de manera expresa. En efecto, dispone el inciso segundo del Art. 34 CP.: “Si la ley requiere ciertas calidades personales o que se haya obrado en determinadas circunstancias de carácter subjetivo, será necesario y suficiente que dichas calidades o circunstancias concurren en el autor mediato”.

Instrumento que actúa justificadamente. También se presentan casos de autoría mediata cuando alguien “provoca” o “se aprovecha” del instrumento que pese a realizar una acción típica actúa justificadamente. Por ejemplo, será autor mediato de daños quien azuza a un perro que desea matar a atacar a una persona, o de homicidio si con la misma intención se induce a un enfermo mental a atacar a otra persona, si la persona atacada o mata al perro o al enfermo mental. En estos casos es fundamental el dominio único sobre el injusto realizado por parte del autor mediato, pues el instrumento realiza el tipo legal respectivo, pero no el injusto, en virtud de una causa de justificación (Art. 7 No. 2 CP.).

Instrumento que obra coaccionado. En esta hipótesis hay puntos de vista divergentes. Un sector de la doctrina sostiene que el coaccionado obra con dolo y que, por lo tanto, tiene el dominio de la acción, para cuya ejecución se le coacciona, existiendo la posibilidad de obrar de otra manera. Consecuentemente, el que coacciona sería instigador pero no autor mediato, pues ha creado en el coaccionado el dolo, siendo



indiferente que lo haya creado mediante coacción⁵⁰¹. Otro sector opina que, existirá autoría mediata, cuando el efecto de la coacción es de tal entidad que se reduce la libertad del que obra coaccionado hasta el punto que pierde la decisión sobre lo que ocurrirá, la que se traslada a las manos del que ejerce la coacción. Debe, pues, en estas hipótesis analizarse las circunstancias totales del coaccionado y a partir de ello determinar si no le era racionalmente posible exigirle una conducta diversa a la que realizó. Como vemos, con relación a la exigibilidad, pueden presentarse casos de dominio superior a través de la utilización de una coacción irresistible u originar un miedo insuperable. Ejemplo, “X” amenaza a “B” cajero de un banco, con matar a la hija de éste que en ese instante está en poder de “Z”, sin no le entrega en ese momento todo el dinero de la caja. “B” luego de constatar que su hija corre peligro, accede a lo solicitado por “X”. “X” no puede ser considerado instigador, sino autor mediato, ya que a través de la coacción que ejerce en “B” detenta el dominio del hecho sobre el acontecer de la acción⁵⁰².

Instrumento inimputable. La admisión de la autoría mediata cuando se utiliza a un instrumento inimputable para la realización de un delito tampoco es pacífica en la doctrina. Un sector de ella⁵⁰³ considera que en estas hipótesis se está en presencia de una instigación. La clave en estos casos para la distinción, entre el autor mediato del instigador o viceversa⁵⁰⁴, depende de la capacidad con que actúa el instrumento: si el inimputable es incapaz de autocontrol, limitado por el estado de inimputabilidad, deberá admitirse autoría mediata de parte del que lo utiliza (Art. 27 No. 4 CP). Si el inimputable es capaz de autodeterminarse, conservará el dominio del hecho, en cuyo caso habrá instigación.

Instrumento que actúa sobre la base de un error de prohibición. En esta modalidad puede el instrumento actuar, inclusive, conforme a derecho faltándole la capacidad de motivación para obrar de otra manera. Si el error fuese vencible, pese a no

501 En el caso mencionado, es necesario deslindar la autoría mediata y la instigación, porque, en caso de que falte la culpabilidad de quien realiza la acción, se tiene en cuenta, con arreglo al principio de la “accesoriedad limitada”, la responsabilidad del que instiga.

502 Véase el Art. 27 No. 5 en relación con el 153, ambos del Código Penal, e infiérase la posibilidad de darle dogmáticamente al instrumento que actúa coaccionado el tratamiento inculpabilidad, pues “Quien actúa u omite bajo la no exigibilidad de otra conducta, es decir, en circunstancias tales que no sea racionalmente posible exigirle una conducta diversa a la que realizó”, está excluido de responsabilidad penal.

503 “Dentro de un punto de vista estrictamente legal estos casos cabrían, en general, dentro de la instigación” Así, BUSTOS RAMÍREZ, Juan: “Manual ...”, Op. Cit., p. 287. Imputabilidad, “generalmente en estos casos hay inducción, que es una forma de participación, pero no de autoría”. De esa opinión MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes, “Derecho...”, Op. Cit., p. 389).

504 En los casos mencionados en último término, es necesario deslindar la autoría mediata y la instigación, porque, en caso de que falte la culpabilidad de quien realiza la acción, se tiene en cuenta, con arreglo al principio de la “accesoriedad limitada”, también la instigación.

excluirse la capacidad de motivación, el dominio del hecho se pierde, pues este se traslada al que conoce las circunstancias. Por ejemplo, al Juez se le lleva a imponer una medida cautelar privativa de libertad logrando la detención de un imputado, por medio testigos o cualquier otra falsificación de pruebas. El Juez está obligado en virtud de la situación probatoria a dictar su resolución de acuerdo a lo que determinan las normas sobre restricción de libertad, obra con error de prohibición (Art. 28 Inc. 2º CP).

Instrumento que obra dentro de un aparato de poder. Esta forma de autoría mediata -"autor detrás del autor"- no tiene doctrinalmente una aceptación unánime. Pero, cabe plantearla según nuestro Derecho penal, pues el Art. 34 acuña la autoría mediata, en un sentido general, es decir, sin referirse a la constelación de supuestos en que aparece. Los que asienten esta modalidad de autoría mediata parten de la autoría del ejecutor (instrumento), explicando cómo alguien puede responder como autor y al mismo tiempo ser instrumento de otros, sostienen que el autor mediato es quien da la orden para la ejecución del delito o la transmite a un subordinado que actúa dentro de un "aparato de poder". El razonamiento que afirma la existencia de esta forma de autoría mediata señala que, "tratándose de una organización criminal, la realización del delito en modo alguno depende de los singulares ejecutores. Ellos solamente ocupan una posición subordinada en el aparato de poder, son intercambiables y no pueden impedir que el hombre de atrás avance el "resultado"⁵⁰⁵. De ello se desprende: a) que es necesario que el instrumento obre dentro de un aparato de poder; b) que su reemplazo resulte fácil; pues es esta circunstancia, el reemplazo por otro para llevar a cabo el delito, lo que caracteriza la falta de dominio del hecho del instrumento; c) que el instrumento no tiene el dominio del hecho. La autoría directa o inmediata del instrumento está fuera de toda duda. Otros puntos de vista señalan que la propia responsabilidad penal del ejecutor se opone a su calificación como instrumento, volviéndose ese aspecto un verdadero obstáculo para la construcción de la autoría mediata. Por consiguiente, estos casos deben considerarse: a) como casos de instigación; sin embargo, es obvio que en una organización delictiva el que da la orden domina el hecho, por una parte y por otra, el instigador busca y toma contacto con el autor material, lo que no ocurre en la jerarquía de los aparatos de poder organizados; o, b) según las reglas de la coautoría; pero, esta tesis no se atiene a los hechos, pues no hay una realización conjunta, la cual presupone el acuerdo de realizar en común el hecho, el que actúa como instrumento ejecuta una orden.

Tipos legales que no admiten la autoría mediata. Para un sector de la doctrina hay algunos tipos legales de comisión dolosa que no admiten la autoría mediata⁵⁰⁶, estos son: a) los llamados delitos de propia mano, que exigen ser realizados personalmente, en general, los delicta carnis; y, b) los delitos especiales, que dependen de la

505 Así, ROXIN, Claus: "Problemas...", Op. Cit., p. 61.

506 BUSTOS RAMÍREZ, Juan: "Manual ...", Op. Cit., p. 287



posición personal del sujeto, es decir, un extraño no lo podría llevar a cabo en forma mediata, por carecer de la cualidad exigida para el autor. Esto último, no se compadece con lo que regula el Art. 34 Inc. 2º CP.

3ª. La coautoría. Es la comisión mancomunada de un hecho punible mediante colaboración consciente y querida codominando el hecho; es decir, "es coautor aquel autor que tiene el dominio de la realización del hecho conjuntamente con otro u otros autores, con los cuales hay un plan común y una distribución de funciones en la realización de mutuo acuerdo"⁵⁰⁷.

Normativamente el Art. 33 CP., se ocupa de la coautoría así: "Son (co)autores... los que... conjuntamente con otro u otros cometen el delito". Sin embargo, de esa regla no queda claro que sólo pueda considerarse coautoría los casos comisión conjunta; pues lo característico de la coautoría es que en muchas ocasiones, por el reparto de funciones entre los diversos participantes en la comisión de un delito, alguno o algunos de los coautores ni siquiera están presentes en el momento de la ejecución. Por eso, es necesario recurrir a un criterio que supere la visión estrictamente formal de la coautoría, tal criterio es el del dominio del hecho en forma funcional. En otras palabras, lo decisivo para determinar la coautoría está en que el dominio del hecho lo tienen varias personas que, por el reparto funcional, asumen por igual la responsabilidad penal. En tal sentido, las diferentes contribuciones deben considerarse como un todo y el resultado debe atribuirse a cada coautor, independientemente de la entidad material de su participación.

Con el criterio del dominio funcional, se supera así, la vieja teoría del acuerdo previo, según la cual bastaba un acuerdo previo de cometer un delito para que todos fueran ya por eso coautores, aunque no hubiesen intervenido en su comisión. El simple acuerdo de voluntades no basta; se necesita, además del plan común, que se contribuya de alguna forma, aunque no necesariamente con actos de ejecución, en la comisión del delito, de tal manera que la participación pueda considerarse como un eslabón importante en todo el acontecer delictivo. Por ejemplo, una contribución del que espera en el coche a los atracadores de un banco, sólo puede considerarse de coautoría si, aparte del plan común, constituye una ayuda esencial en la concreta comisión del delito. De igual manera serán coautores el jefe y los miembros de una banda que asumen funciones directivas u organizativas relacionadas con la comisión delictiva, aunque no estén presentes en el momento de la ejecución.

Son, pues, elementos esenciales de la coautoría: a) el co-dominio del hecho, el cual aparece en cada uno de los coautores a través de una parte que le corresponde en la división del trabajo; b) plan común para la realización del delito, el cual es presupuesto del co-dominio del hecho, o sea, un plan concertado de los coautores, requiere

507 BUSTOS RAMÍREZ, Juan: "Manual ...", Op. Cit., p. 288.

que en él esté determinada una división del trabajo. Sin plan para la realización del hecho no hay coautoría; c) contribución objetiva en el hecho de parte del coautor, y d) reunir las mismas calidades exigidas para el autor.

Cada coautor responde del hecho común acordado previamente. El exceso de uno repercute en la forma de imputación subjetiva del resultado cometido por exceso; así, unos pueden responder a título de dolo y otros a título de culpa o no responder del exceso. También puede suceder que cada uno responda de un título de imputación distinto. Por ejemplo, en los delitos especiales impropios en los que el coautor calificado responde por un delito especial (homicidio agravado, Art. 129 No. 1 CP.) y el coautor no calificado, por el delito común (homicidio simple, Art. 128 CP.). Por otro lado, el error in objeto ve'l persona irrelevante para un coautor carece también para todos los demás de significación.

La coautoría sucesiva. En doctrina se cita la denominada coautoría sucesiva en la que "alguien participa codominando el hecho de un delito que ya ha comenzado a ejecutarse", el necesario acuerdo se efectúa entre el comienzo y la terminación del hecho. Cuando estos casos se presentan la solución se gobierna por los elementos ya enunciados. Un ejemplo de esta modalidad sería el siguiente: "A" y "B" sustraen conjuntamente mercancías de un supermercado y la depositan en un camión que está cerca del lugar; "C" enterado de ello, se incorpora a las acciones logrando nuevas sustracciones. "A" y "B" para penetrar al establecimiento golpearon al vigilante y forzaron el candado que permite el acceso al mismo. En estos casos el "coautor sucesivo" responderá, entonces, por las anteriores agravaciones de carácter material conocidas, es decir, que hubiere interiorizado; sin embargo, esta solución no es pacífica doctrinalmente.

La autoría accesoria. Es posible que varias personas intervengan en un mismo hecho como autores independientemente unos de los otros. En tal evento se está en presencia de una autoría accesoria. Esta forma de participación en el delito aparece excepcionalmente cuando "dos o más autores realizan un hecho sin que haya un acuerdo para ello"⁵⁰⁸ o cuando varias personas, independientemente unas de otras, producen el resultado típico, generalmente de un delito culposo. Ejemplo, cuando dos trabajadores de la construcción arrojan entre ambos "ripio" a la calle de forma imprudente que resulta muerto un peatón, existe un homicidio culposo (Arts. 32 Inc. 3º y 132 CP.).

4. PARTICIPACIÓN.

Como hemos visto, nuestro Código Penal castiga como autor a quien comete por sí mismo el delito (autoría directa, Art. 33) o mediante otro (autoría mediata, Art.

508 BUSTOS RAMÍREZ, Juan: "Manual ...", Op. Cit., p. 288.



34). Si varias personas cometen el hecho conjuntamente, cada una de ellas será castigada como autor (coautoría, Art. 33). En cambio, partícipe es quien determina dolosamente a un tercero a su hecho antijurídico cometido dolosamente (instigación) o le presta dolosamente cooperación o ayuda para la comisión del hecho (complicidad). De ahí que la autoría sea la comisión directa, mediata o llevada a cabo en común, de un hecho delictivo propio; participación es determinación, cooperación o ayuda, descrita en los Arts. 35 y 36, en un hecho delictivo ajeno. En consecuencia la doctrina penal entiende, y así nuestro Código Penal, como partícipes, en sentido estricto⁵⁰⁸, a los sujetos que prestan ayuda para la comisión de un delito y a los que determinan la voluntad de otro para que lo cometa.

La participación se presenta, entonces, como una extensión de la punibilidad, porque de los tipos legales únicamente se desprende el concepto de autor⁵⁰⁹. Es decir, mientras que el autor comete por sí mismo o a través de otro la acción típica o colabora en ella como coautor, el instigador y el cómplice quedan fuera del tipo⁵¹⁰. De estos se ocupan preceptos penales concretos (Arts. 36 y 36 CP). Los requisitos de instigación y complicidad se infieren, así, sólo parcialmente del correspondiente tipo de delito y por lo demás, sólo de preceptos complementarios de la Parte General que se refieren, no obstante, a los delitos de la Parte Especial. Por tanto, si la participación es la intervención en un hecho ajeno, ello presupone la existencia de un autor o autores de un hecho principal al cual se accede. La responsabilidad de los partícipes está, por consiguiente, condicionada por los actos realizados por el autor o autores del suceso principal. De ahí que la participación sea accesoria de la autoría principal, con independencia de la pena que merezca el partícipe o el autor en el caso concreto. Es que el tipo legal es expresión de la norma prohibida, desde esa perspectiva hay un sólo hecho que contraviene esa prohibición⁵¹¹, por eso principal y es el que realiza el autor. Desde el punto de vista de los partícipes (instigadores o cómplices) hay una norma derivada, no deben participar en comportamientos prohibidos. En ese sentido, como determinación, colaboración o ayuda en la realización del tipo, ambas formas de participación derivan su contenido de injusto de lo injusto del hecho principal.

508 Se habla de “participación” en dos sentidos. En sentido amplio, para referirse a todas las formas de intervención en el hecho -incluyendo la autoría-. En sentido estricto la “participación” -instigación y complicidad- se contraponen a la autoría. Ver a MIR PUIG, Santiago: “Derecho...”, Op. Cit., p. 422.

509 BUSTOS RAMÍREZ Juan: “Manual...”, Op. Cit., p. 284.

510 Ello ha obligado al legislador a consagrar la participación en sentido estricto como dispositivo amplificador de los tipos penales, ampliándose la punibilidad de comportamientos que, de no ser así, penalmente no tendrían ninguna trascendencia. Así, VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando: “Derecho...”, Op. Cit., p. 548.

511 El delito por el cual se enjuicia a los partícipes en su comisión es el mismo cometido por el autor; conservándose para todos la unidad del título de la imputación; salvo, desde luego, cuando se aplican las reglas de la comunicabilidad de las circunstancias o cualidades del Art. 66 CP.

Por lo expuesto, toda forma de intervención en el delito, que no suponga cometer el hecho por sí, o junto con otro u otros o sirviéndose de alguien que actúa como instrumento, debe ser calificada de participación; esto es, instigación o complicidad, ya que las demás formas son de autoría.

4.a. Instigación

4.a.1. Concepto

En nuestro Código Penal “Se consideran instigadores los que dolosamente determinan a otro a cometer un delito” (Art. 34 CP). Instigar es, entonces, determinar dolosamente a otra persona a cometer un delito. Por consiguiente, la instigación se caracteriza porque el instigador provoca en el instigado la resolución de cometer un delito sin tomar parte en el hecho mismo. Quien decide y domina la realización del hecho es el instigado.

Ahora bien, el medio por el cual el instigador alcanza su objetivo es indiferente. Así, por ejemplo, puede valerse de todas las posibilidades imaginables para influenciar la voluntad del instigado tales como: persuasión, dádivas, promesa de una remuneración, etc. En todo caso se requiere una concreta influencia psicológica⁵¹².

La instigación implica que el instigador tenga plena conciencia del hecho a cual determina, por eso tiene que ser necesariamente dolosa, razón que dio origen a que se le llamara autor intelectual, pues es quien ha concebido realmente el delito y se lo ha transmitido a otra persona, el autor. De ahí se desprende que no puede haber una instigación culposa como tampoco instigación dolosa a un hecho culposo⁵¹³.

Para que la instigación exista se requiere de dos condiciones⁵¹⁴: a) ser directa, “el inductor debe tomar contacto con el potencial autor, captarlo para su plan y, dado el caso, vencer su resistencia”⁵¹⁵, o sea, debe haber una relación personal entre el instigador y el instigado, en la que éste acepte la idea propuesta por aquél y la haga suya; b) ser eficaz, es decir, que el instigado decida cometer el delito y comience, por lo menos, su ejecución. Si ya estaba resuelto o decidido, antes de la instigación, a cometer el delito, no se puede hablar de instigación. En este caso, sólo se tiene la complicidad psíquica fortaleciendo el dolo del tipo.

512 “La inducción es siempre una influencia espiritual del autor mediante conexión”. Así, JESCHECK, Hans-Heinrich: “Tratado...”, Op. Cit., p. 957.

513 Si frente a un autor culposo, quien ha concebido el hecho es el “instigador”, éste tiene el dominio del hecho y, por tanto, será un autor mediato.

514 Así, MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes: “Derecho...”, Op. Cit., p. 394.

515 ROXIN, Claus: “Problemas...”, Op. Cit., p. 64.



El dolo del instigador debe estar dirigido a producir una resolución, así como a la ejecución y consumación de un hecho determinado, concretado en sus rasgos esenciales por un autor determinando o un grupo de personas individualmente determinables⁵¹⁶.

El instigador responde únicamente si el hecho cometido concuerda con su dolo. Un exceso del autor no lo afecta. Sin embargo, los límites del dolo del instigador deben ser tratados en forma amplia, pues es de la esencia de la instigación que el instigador deje el sí y el cómo de la ejecución al autor.

En materia de error in persona vel objeto (error en la persona o en el objeto), una opinión doctrinal entiende que si el error es irrelevante para el autor principal, no afecta la punibilidad del instigador⁵¹⁷. Lo que es decisivo es la circunstancia de que el instigado haya cometido el hecho por el dolo producido en él; lo que para él no es esencial, no puede eximir al instigador. Vgr., A determina a B a matar a C, pero B confunde a D con C y mata a D. A es instigador, hizo nacer en B la idea de matar, independientemente de que la víctima se llame C o D. Como esa equivocación no excluye la responsabilidad del instigado, tampoco la excluye para el instigador. Otra opinión considera una aberratio ictus⁵¹⁸ (error en el golpe) de A, por tanto, con relación a B tentativa de homicidio respecto a C y como homicidio culposo respecto a D. Por consiguiente, A sería culpable de tentativa de instigación a homicidio respecto a C y de autoría culposa directa respecto de D. Según nuestro derecho, la primera postura es la correcta, pues, A sería impune de instigación al reconocerse la tentativa de instigación y autor de homicidio culposo.

Agente provocador e instigación. La doctrina entiende que el instigador persigue la consumación del hecho principal; si sólo quiere conducir a la tentativa que no se alcanzará debe quedar impune. El agente provocador instiga a un hecho determinado, que ha de ser evitado o detectado por la autoridad, por tanto, sin no tiene propósito de consumación no existe instigación. Es decir, si el que instiga -como agente provocador- dirige su voluntad con el objeto de hacer incurrir al otro en una tentativa y no en una consumación, debe ser considerado impune, pues la instigación tiene la finalidad de lesionar un bien jurídico que en ese caso no se alcanza⁵¹⁹. Conforme a nuestro derecho siendo que la tentativa inidónea no es punible, la solución es la impunidad, pues el instigado carece del dominio del hecho, tal como lo regula el Art. 25 CP, bajo el epígrafe de "Delito imposible".

516 No basta una mera provocación a delinquir general o dirigida a una masa indeterminada de personas. Así, MIR PUIG, Santiago: "Derecho...", Op. Cit., p. 432.

517 CASTILLO GONZÁLEZ, Francisco: "La Participación...", Op. Cit., p. 112.

518 Con detalles PEÑARANDA RAMOS, Enrique: "La participación en el delito y el principio de accesoriadad", Tecnos, Madrid, 1990, p. 245 y Sgts.

519 Así, ZAFFARONI, Eugenio Raúl: "Teoría...", Op. Cit., p. 665.

4.a.2. Fundamento de la punibilidad.

La participación en sentido estricto, es decir, la instigación y la complicidad son, frente a la autoría, causas de extensión de la pena. Por tal motivo, para la punición de tales formas de participación se requiere una especial fundamentación. Dos son las principales teorías que han tratado de explicar el fundamento de la punibilidad de los instigadores y cómplices: la teoría de la participación de la culpabilidad y la teoría del favorecimiento (o de la causación)⁵²⁰.

Según la primera se castiga al instigador porque ha conducido al autor principal "a la culpabilidad y a la pena", además de haber participado en el hecho⁵²¹. Esta teoría de la culpabilidad, ya superada, no resulta sostenible en nuestro ordenamiento punitivo por la razón que contradice el Art. 37 CP, que permite la participación en un hecho principal no culpable⁵²². Es decir, en un injusto penal.

La segunda teoría -del favorecimiento o de la causación- explica que el castigo del partícipe se halla en el hecho de que éste produce una acción típica y antijurídica mediante provocación del dolo del hecho, o bien la favorece material o psíquicamente, actuando él mismo en todo caso culpablemente. No es importante que el autor obre o no culpablemente, basta que el hecho sea antijurídico. De ello se infiere que la voluntad del partícipe debe estar dirigida a la ejecución del hecho principal y que para el hecho principal hay que requerir dolo. Esta teoría resulta compatible con lo dispuesto en el Art. 37 CP, porque responde a la concepción de la accesoriedad limitada, que más adelante veremos.

4.b. Complicidad.

4.b.1. Concepto.

La complicidad, como forma de participación en el delito, está prevista en el Art. 36 CP. Tal norma considera cómplices a: "1) Los que presten al autor o autores una cooperación, de tal modo necesaria, que sin ella no hubiere podido realizarse el delito; y, 2) Los que presten su cooperación de cualquier otro modo a la realización del delito, aún mediante promesa de ayuda posterior a la consumación de aquél". En torno a esta disposición cabe señalar los aspectos siguientes:

520 JESCHECK, Hans-Heinrich: "Tratado...", Op. Cit., p. 955.

521 La versión original de esta teoría sostiene que el instigador o el cómplice son punibles porque, al determinarlo o ayudarlo a cometer el hecho punible, corrompieron al autor. Así, CASTILLO GONZÁLEZ, Francisco: "La Participación...", Op. Cit., p. 3.

522 Afirma Jescheck: "Sin duda, los casos de participación en el hecho de un autor incapaz de culpabilidad son raros en la práctica, ya que generalmente concurrirá autoría mediata". *Ibíd*em p. 955.



1) Que la complicidad es la cooperación dolosa prestada a otro en la realización de un delito. Por tanto, el cómplice se limita a favorecer un hecho ajeno mediante actos de cooperación sin tener el dominio del hecho, pues el cómplice con su cooperación no decide el si y el cómo de la comisión del hecho, sino sólo favorece o facilita que se realice. En esto la complicidad se diferencia de la coautoría; que exige el dominio funcional del hecho basado en un acuerdo en común.

2) La disposición habla de “prestar cooperación” sin hacer mención de los medios. Por consiguiente, los medios con los cuales se presta la cooperación no tienen límite. Es posible, a tales efectos, tomar en cuenta una cooperación psíquica, pese a que sea más frecuente la prestación de ayuda física. La complicidad psíquica puede tener lugar mediante el fortalecimiento de la voluntad de actuar del autor principal.

3) El concepto de cómplice es único. Sin embargo, el artículo permite hacer la distinción entre el llamado “cómplice necesario” o “primario” (Nº 1) y el “cómplice no necesario” o “secundario” (Nº 2). Tal distingo dependerá de la cooperación prestada al evento delictivo y al momento de su participación. Ahora bien, la imprecisión del término “necesaria”, resulta un problema insoluble. Por ejemplo, en una consideración concreta probablemente toda contribución sería considerada como necesaria; si, en cambio, se utiliza una consideración en abstracto; o sea, si se desliga la contribución del caso concreto, nunca puede saberse cuando una cooperación es o no necesaria para el mismo⁵²³. Por ejemplo, obtener un veneno puede ser muy difícil, para un profano y no tanto para un químico o farmacéutico; el que suministra el tóxico, en el primer supuesto, puede ser un cómplice necesario, no así el que lo suministra, en el segundo, que puede ser un cómplice no necesario. Pero nada excluye que en el caso concreto dada una serie de circunstancias pueda ser a la inversa. Por eso se ha propuesto la “teoría de los bienes escasos”, según la cual lo esencial es que la aportación del cómplice necesario sea “difícilmente obtenible”. De tal manera que, si una aportación ha sido necesaria en abstracto o en concreto, pero fácilmente sustituible, desaparece la necesidad, y se mantendrá cuando sea difícil de obtener. Es decir, si la aportación constituye un “bien escaso” para el autor en su situación concreta, constituirá cooperación necesaria (Nº 1), si no lo es, complicidad (Nº 2). En todo caso, la complicidad no necesaria o secundaria, puede presentarse en dos formas de acuerdo al momento de la participación: a) como cooperación en actos preparatorios o simultáneos y b) como ayuda posterior a la consumación, en este caso, si la ayuda fue acordada antes de la comisión del delito, se trata de complicidad; por el contrario, si la ayuda es prestada con posterioridad a la comisión del delito, pero sin promesa posterior, esa ayuda puede constituir encubrimiento (Art. 308 CP). Esto es así, por cuanto el partícipe contribuye a la consumación de un delito, el encubridor no puede, por ello, ser partícipe dado que actúa después de la consumación.

523 Así, MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes: “Derecho...”, Op. Cit., p. 395.

4) El cómplice debe actuar necesariamente en forma dolosa. Su dolo debe abarcar la acción de su propia cooperación y dirigirse a la ejecución del hecho principal determinado, es decir, con plena conciencia del hecho en el cual se coopera, por eso tal cooperación es dolosa.

5) El ámbito temporal de la complicidad presenta una variedad de modalidades. Por ejemplo, no es necesario que la cooperación haya sido prestada para la misma ejecución del hecho (cooperación concomitante), es suficiente una cooperación para una acción preparatoria de un hecho cometido posteriormente (cooperación previa). La complicidad también es posible entre “consumación” y “terminación”⁵²⁴; es decir, “participación sólo puede haber hasta el agotamiento del hecho. Por “agotamiento” o “consumación material” (por oposición a la formal) debe entenderse el término de la acción y del fin perseguido típicamente”⁵²⁵, por ejemplo, en delitos permanentes⁵²⁶, como el secuestro.

6) A los efectos de evitar la limitación de la libertad de expresión en la prensa y otros medios de difusión, impidiendo la censura interna y la actuación de los tribunales penales, está estipulada una excepción a los principios de la participación en el Inc. 2º del Art. 36 CP, que dice: “...no tendrán responsabilidad alguna en los delitos cometidos por medio de la prensa, radio, televisión u otros órganos similares de difusión, las personas que en razón del trabajo que desempeñen, participen materialmente en la elaboración o difusión del escrito o programa”. Con lo que se excluye del ámbito de la responsabilidad penal a todos los que no sean autores, especialmente a los cómplices.

4.b. Fundamento de la punibilidad

El fundamento de la punibilidad de cómplice es el mismo que el del instigador. O sea, no se castiga al cómplice porque envuelva al autor principal “en culpabilidad y pena”, tal como lo decía la “teoría de la culpabilidad”, ya superada, sino porque, favorece con actos de auxilio un hecho principal antijurídico, así se expresa la teoría de la promoción o de la causación, dominante en la actualidad.

524 En efecto: “La complicidad no es sólo posible hasta la consumación formal, sino que, al igual que la coautoría, cabe también hasta la terminación material del hecho principal”. Así, JESCHECK, Hans-Heinrich: “Tratado...”, Op. Cit., p. 963.

525 ZAFFARONI, Eugenio Raúl: “Teoría...”, Op. Cit., p. 655.

526 La doctrina entiende que en los delitos permanentes el delito no está concluido con la realización del tipo, sino que se mantiene por la voluntad delictiva del autor tanto tiempo como subsiste el estado antijurídico creado por el mismo. Así, por ejemplo, un delito permanente es el secuestro (Art. 149 CP), pues la privación de libertad unida a los propósitos determinados en la norma por el autor ya se da un hecho consumado, pero dura tanto tiempo como se mantiene al sujeto pasivo en esa situación.



5. PRINCIPIO DE ACCESORIEDAD

Instigación y complicidad, como formas de participación en sentido estricto, presuponen siempre la existencia de un hecho principal doloso obra de un autor o autores. Esa dependencia de la participación respecto del hecho principal recibe el nombre de accesoriadad⁵²⁷. En efecto, únicamente mediante la comisión de un hecho principal se consuma el tipo de injusto de los Arts. 35 y 36 CP. En otras palabras, la participación no se debe así misma su contenido de injusto, sino que éste le procede del favorecimiento de un hecho ajeno.

En todo delito tiene que haber por lo menos un autor, que comete la conducta descrita en el tipo legal, lo que constituye el hecho principal; todo otro interviniente que no controle o domine el hecho realiza una actividad accesoria. La accesoriadad significa, entonces, que para la existencia de la participación es indispensable que se dé un hecho principal, que es el cometido por el autor.

Pero para que los partícipes sean responsables, según el principio y alcance de la accesoriadad, se requiere que el hecho principal reúna determinadas condiciones jurídicas, las que pueden considerarse desde dos perspectivas: a) con relación al desarrollo externo del hecho y b) en referencia a la estructura interna del delito, Art. 37 CP.

a. Desde la perspectiva del desarrollo externo del hecho, tal como se desprende del lenguaje de la ley, los partícipes asumen responsabilidad si “se ha iniciado la ejecución del delito”, es decir, tiene que haber por lo menos un principio de ejecución del hecho principal. Esto pone un límite a dos aspectos: no puede haber participación en un acto preparatorio, si el hecho jamás se inicia, como tampoco después de haberse consumado. Con el primer aspecto se restringe el castigo de la proposición y la conspiración las cuales son punibles excepcionalmente en los casos expresamente determinados por la ley. El Art. 23 CP al configurar la proposición⁵²⁸ y conspiración⁵²⁹ para delinquir, las cuales además de exigir la concurrencia de dos o más personas constituyen

527 “Accesoriadad de la participación significa, que la contribución causal del instigador o del cómplice solamente es punible si ocurrió la comisión (en grado de consumación o de tentativa), de un hecho principal [...] Accesoriadad es, en este sentido, sinónimo de “dependencia” de la acción del partícipe al hecho del autor principal”. CASTILLO GONZÁLEZ, Francisco: “La Participación...”, Op. Cit., p. 45.

528 De acuerdo con el Inc. 1º del Art. 23 CP.: “Existe proposición cuando el que ha resuelto cometer un delito solicita de otra u otras personas que lo ejecuten o le presten su ayuda para ejecutarlo”. Se trata de hacer surgir la idea de cometer un delito en otra u otras personas ya en calidad de autores o de partícipes. Queda claro entonces que el sentido de la punición expresa de estas figuras es la de castigar la inducción intentada y como tal debe interpretarse.

529 El Inc. 2º del Art. 23 CP., establece lo siguiente: “Hay conspiración cuando dos o más personas se conciertan para la ejecución de un delito y resuelven ejecutarlo”. Se trata de una forma de coautoría anticipada que penaliza el acuerdo común y la resolución para ejecutar un delito.

fases del iter criminis, lo hace en una forma restrictiva. En efecto, el inciso tercero de la citada norma dice: “La proposición y la conspiración sólo son sancionadas en los casos expresamente establecidos en éste Código”⁵³⁰. Se trata, pues, de formas de participación intentada en el delito o de formas preparatorias punibles de la participación. Con el segundo aspecto también se pone un límite a la participación postdelictiva, pues tal evento constituiría el delito de encubrimiento, Art. 308 CP.

b. Desde la perspectiva de la estructura interna del delito, es decir, de las características de la conducta (tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad), los partícipes son responsables “en la medida que el hecho cometido por lo menos sea típico y antijurídico”, debe tratarse, pues, de un injusto penal. Ahora bien, históricamente, sobre este presupuesto de la accesoriedad, han existido varias posturas unas extremas y otras de aceptación general. Entre ellas se citan: 1) la accesoriedad máxima, para la cual existía un hecho principal si se daban todos los requisitos del delito (tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad). En tal sentido si se ayudaba o instigaba, por ejemplo, a un enajenado mental a la comisión de un delito, no había hecho principal, por faltar la culpabilidad (inimputabilidad); consecuentemente, los partícipes quedaban impunes; 2) la accesoriedad mínima, para esta era suficiente con que el hecho cometido fuera típico, lo cual era excesivo, pues el partícipe de un hecho que no era antijurídico (legítima defensa o estado de necesidad) resultaba con castigo; 3) la accesoriedad limitada, exige para que haya un hecho principal que se cometa un injusto, es decir, que se trate de un acto típico y antijurídico. Salvándose así las contradicciones de la accesoriedad máxima como de la mínima. En tal sentido, si no existe un hecho por lo menos típico y antijurídico, atribuible a un autor, no puede hablarse de participación, pues no hay por qué castigar a alguien que participa en un hecho penalmente irrelevante o lícito para su autor. El Art. 37 del CP. sigue el principio de la accesoriedad limitada; la instigación y la complicidad no presuponen que el autor principal haya actuado “culpablemente” (accesoriedad extrema), ya que la culpabilidad es una cuestión personal que puede ser distinta para cada interviniente. De esa forma cada partícipe puede ser castigado sin tener en cuenta la culpabilidad de los demás, sino con arreglo a su propia culpabilidad.

Problemas de participación. En los delitos especiales -propios e impropios-, en los que el tipo limita el círculo de posibles autores a determinados sujetos, al incorporar entre sus elementos ciertas circunstancias y cualidades para ser autor, también llamados intraneus, se presentan algunos problemas, en cuanto al título único de imputación. Por ejemplo, en los delitos especiales impropios, o sea, aquellos en los que existe una correspondencia con un delito común⁵³¹, se plantea el problema de si la imputación de responsabilidad debe ser, para aquellos que tienen las cualidades requeridas en el delito especial (parientes, o intraneus), la del delito especial, y, para aquellos que

530 Por ejemplo: Arts. 342 y 344 CP.

531 Por ejemplo: homicidio simple, Art. 128 CP y el homicidio agravado, Art. 129 No. 1 CP.



carecen de ellas (extraneus), la del delito común. Conforme al Código (Art. 67 CP) hay que distinguir entre circunstancias y cualidades. Las primeras, a su vez, permiten el distingo entre circunstancias personales y materiales. Las personales sólo afectan a aquellos en quienes concurren (por ejemplo, el parentesco). Las materiales afectan a todos, aunque no hayan intervenido con relación a ellas (por ejemplo, la agravante de aprovechamiento de facilidades de orden natural como la noche o des poblado). Estas circunstancias no presentan problemas, pues siendo accesorias al hecho principal, no afectan el injusto, manteniéndose la unidad del título de la imputación. El problema surge con relación a circunstancias personales que constituyen parte del injusto, por ejemplo, el homicidio agravado (Art. 129 N° 1 CP). Vgr. El hijo que instigado por un extraño mata a su padre responde como autor de homicidio agravado (Art. 129 N° 1 CP); el extraño, en cambio, si desconoce la relación parental, como instigador de homicidio simple (Art. 128 CP); caso contrario, es decir, si hubiera actuado determinado por esa circunstancia, el mismo título de imputación del autor. O sea, si el autor es el intraneus, el delito cometido será el especial (homicidio agravado) y, en virtud del principio de unidad del título de imputación, todos los demás responderán por ese delito, aunque no tengan las cualidades exigidas por el mismo, si actuaron determinados por esas mismas circunstancias o cualidades (Art. 67 CP). Por el contrario, si el autor es el extraneus, el delito cometido será uno común (homicidio simple) y los partícipes responderán por el delito común, cualquiera que sea su consideración personal. En general, la misma regla es aplicable respecto de cualidades que configuren un tipo penal especial propio, tal como lo establece el Inc. 2° del Art. 67 CP.

En cuanto el tipo penal alude a las cualidades del autor, por ejemplo, funcionario o empleado público, limita el número de personas que pueden ser autores. En consecuencia, sólo pueden cometer esos delitos aquéllos que reúnan las cualidades exigidas por el tipo. Quienes no reúnen esas cualidades -los extraneus- no pueden ser autores, pero pueden ser partícipes. Por ejemplo, un particular convence a un amigo que es fiscal para que omita promover la investigación de un delito (Art. 311 CP). Con relación al delito de omisión de investigación, el fiscal es un funcionario, posee la cualidad de intraneus, y es la calidad de fiscal el fundamento de la punibilidad de ese tipo penal. El amigo es un extraneus, que jamás podrá ser autor de ese delito, porque no reúne esa cualidad especial (no es fiscal); pero, responderá penalmente como instigador. En general, en estos delitos el particular sólo puede responder como partícipe conforme a las reglas sobre "comunicabilidad de las circunstancias y cualidades" (Art. 67 CP.)

6. PARTICIPACIÓN EN DELITOS CULPOSOS Y OMISIVOS.

6.a. Participación y delito culposo.

Instigación y complicidad son únicamente punibles como intervención dolosa en un hecho ajeno dolosamente cometido; es decir, el partícipe, para ser tal, debe conocer y querer su participación en un hecho típico y antijurídico de otra persona que es el autor. Por consiguiente, la necesidad de establecer diferencias entre autoría y participa-

ción existe únicamente en los delitos dolosos; en los delitos culposos, estructurados de otro modo, no tiene ninguna significación⁵³². No obstante, la participación culposa no queda sin más impune, sino que puede, en la medida en que el delito correspondiente permita también la comisión culposa, constituir autoría culposa. Según nuestro ordenamiento positivo, en los delitos culposos, pueden aparecer los autores concomitantes o accesorios, que se caracterizan en que cada uno ha llevado a cabo su propia falta de cuidado. En efecto, el inciso tercero del Art. 32 CP dice: “En los delitos culposos cada uno responde de su propio hecho”⁵³³. Por tanto, autor de un delito culposo es cualquiera que colabora, lesionado un deber de cuidado, en la realización del tipo.

Nótese entonces, que la fórmula del dominio del hecho no es aplicable al autor culposo, ya que este no tiene el dominio del hecho; autor culposo es, aquel que no aplica el cuidado requerido. Por lo mismo, no puede haber un autor mediato culposo, pues esta forma de autoría parte del concepto de dominio del hecho y la instrumentalización consciente de otra persona. Tampoco puede haber coautoría⁵³⁴, ya que ésta requiere la ideación de un plan común y la distribución funcional del hecho, lo cual es imposible en un delito culposo⁵³⁵.

Por lo dicho, tampoco es posible la instigación o complicidad culposa⁵³⁶, ya que estas formas de participación presuponen la decisión de participar en un hecho delictivo determinado, lo que no es posible mediante culpa. Una instigación a un hecho principal no doloso resulta imposible, ya que precisamente falta toda resolución por parte del autor principal que pueda ser provocada por el instigador⁵³⁷. De esa manera, la instigación sólo se compagina con los hechos comisivos dolosos⁵³⁸. En nuestro Derecho vemos como el legislador ha decidido esta polémica en el sentido de que la instigación y la complicidad presuponen participación dolosa en un hecho principal también dolosamente cometido, Arts. 35, 36 y 32 Inc. 3º CP.

532 WESSELS; Johannes: “Derecho...”, Op. Cit., p. 149.

533 Nuestro Código Penal al distinguir entre distintas formas de intervención en el delito, rechaza el concepto unitario de autor, pero ello vale únicamente para la intervención dolosa, mientras que en los hechos culposos constituye autoría toda forma de cooperación causal.

534 Los límites de la coautoría se deducen del hecho de que se trate de una forma de autoría basada en un común acuerdo. No cabe por ello, coautoría en los delitos culposos, puesto que en ellos falta el común acuerdo. Cuando varios cooperan de forma imprudente, cada uno de ellos es autor accesorio.

535 Dice Wessels: “...se da simple autoría accesoria si varias personas, independientemente una de otra (o sea, sin colaboración consciente y querida), producen el resultado típico. La autoría accesoria se encuentra en los delitos culposos”. WESSELS, Johannes: “Derecho...”, Op. Cit., p. 157.

536 MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCIA ARÁN, Mercedes: “Derecho...”, Op. Cit., p. 394.

537 JESCHECK, Hans-Heinrich: “Tratado...”, Op. Cit., p. 889.

538 VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando: “Derecho...”, Op. Cit., p. 552.



Desde una perspectiva moderna, matizando la teoría del dominio del hecho, algunos autores señalan que en los delitos culposos, la autoría se fundamenta tanto por la infracción del deber objetivo de cuidado, como por el dominio objetivo de la acción que se realiza. Únicamente si se dan ambos requisitos habrá autoría, pero no si falta uno de ellos. De esa manera, el simple favorecimiento o instigación para que otro realice la acción culposa, no fundamenta la autoría del resultado que se produzca. Pero, si hay simple favorecimiento y el partícipe asume deberes de diligencia y la dirección de la acción, deberá responder por el resultado que se produzca por su propia imprudencia, como autor del mismo, independientemente de la responsabilidad que incumbe a la otra persona. Por ejemplo, el guardacoches da instrucciones al conductor para estacionar un vehículo y como resultado de las maniobras resulta lesionado un peatón.

6.b. Participación y delito omisivo.

Coautoría omisiva. Según Jescheck⁵³⁹ en los delitos de omisión cabe coautoría. Por ejemplo, en eventos en que el deber colectivo sólo puede cumplirse en común -omisión impropia-, Vgr., el padre y la madre (garantes) omiten en común acuerdo el abandono del hijo recién nacido (Art. 199 CP): o, si falta la posición de garante, cuando varios que se encuentran en el deber actuar por una misma situación típica resuelven colectivamente no actuar -omisión impropia-, por ejemplo: dos personas se ponen de acuerdo para no auxiliar a otra a quien pueden prestarle socorro (Art. 175 CP).

Una instigación por omisión no resulta jurídicamente posible. El instigador debe provocar en el autor la resolución de la acción por la vía del influjo psíquico. Ahora bien, mediante la inactividad, únicamente deja de impedirse su espontánea aparición, lo que constituye algo esencialmente distinto en relación con lo injusto de la acción de la inducción⁵⁴⁰. Cosa distinta es la instigación a un hecho omisivo, así: A instiga a B a omitir el cumplimiento de sus deberes de asistencia familiar (Art. 201 CP).

La complicidad también puede aparecer por omisión, aunque es poco frecuente, si le corresponde al cómplice un deber de garantía. Por ejemplo: quien, en su condición de funcionario encargado de la vigilancia, permite a un preso que cometa hurto cuando realiza trabajos exteriores, resulta cómplice del hecho; de igual forma, el enfermero que sabe que el médico va a envenenar a su paciente y permanece sin hacer nada⁵⁴¹. O, cuando: A deja abierta una puerta que debe cerrar en razón de sus funciones de vigilancia y seguridad, para que B penetre acometer un atraco⁵⁴².

539 JESCHECK, Hans-Heinrich: "Tratado...", Op. Cit., p. 946

540 JESCHECK, Hans-Heinrich: "Tratado...", Op. Cit., p. 961.

541 VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando: "Derecho...", Op. Cit., p. 554.

542 ZAFFARONI, Eugenio Raúl "Teoría...", Op. Cit., p. 660.



BIBLIOGRAFIA
ENSAYOS PARA LA CAPACITACION PENAL
Segunda parte

- BACIGALUPO, Enrique. "Lineamientos de la Teoría del Delito", Tercera edición renovada y ampliada, Editorial Hamurabbi, Buenos Aires, Argentina, 1994, p 72.
- BACIGALUPO, Enrique. "Manual de Derecho Penal". (parte general), Segunda reimpresión, Editorial Temis, Santa Fe de Bogota, Colombia, (1994), P118.
- BUSTOS RAMIREZ, JUAN. Manual de Derecho Penal 3^ª Edición PPU, Barcelana España.
- BUSTOS RAMIREZ, JUAN. Manual de Derecho Penal 3^ª Edición PPU, Barcelona 1994.
- GIMBERNAT ORDEIG, ENRIQUE. "La Comisión por Omisión" Consejo General del Poder Judicial, Madrid, junio de 1994.
- HUERTA TOCILDO, SUSANA. "Problemas Fundamentales de los Delitos de Omisión" Ministerio de justicia, Centro de Publicaciones. Madrid 1987.
- JESCHECK, HANS-HEINRICH "Tratado de Derecho Penal", Parte General, Casa Editorial S.A. Barcelona, España 1981.
- LUZON PEÑA, Diego Manuel. "Curso de Derecho Penal", Editorial Hispanmer, Colombia.
- LUZON PEÑA, Diego Manuel. Estudios Penales, Promociones y publicaciones Universitarias, S.A. Barcelona España 1991.
- MIR PUIG, SANTIAGO. "Derecho Penal" Parte General, 3^ª edición corregida y puesta al día, PPU, Barcelona 1990.
- MUÑOZ CONDE, FRANCISCO Y GARICA ARAN, MERCEDES, "Derecho Penal" Parte General, Tirant lo Blanch, Valencia 1993.
- MUÑOZ CONDE, Francisco. "Teoría general del delito", reimpresión, Editorial Temis, Bogota, Colombia, 1990.
- NOVOA MONRREAL, EDUARDO. Fundamentos de los Delitos de Omisión. Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1984.



- PEÑARANDA RAMOS, ENRIQUE, "La Participacion en el delito y el principio de accesoriidad", Tecnos Madrid, 1990.
- ROXIN, Claus, "Derecho Penal. Parte general. Tomo I, Fundamentos de la estructura de la Teoria del Delito. Editorial Civitas Primera Edicion, Madrid, España, 1997, p 138.
- ROXIN, CLAUDIUS. "Problemas de autoria y participacion en la criminalidad organizada" Revista Penal, numero 2, Editorial Praxis, Barcelona 1998.
- SILVIA SANCHEZ, JESUS - MARIA, "El Delito de Omision, Concepto y Sistemas", Librería Bosch, Barcelona 1986.
- VELASQUEZ VELASQUEZ, FERNANDO. Derecho Penal, Parte General, Editorial Temis, S.A. Santa Fe de Bogota, Colombia, 1994. Pag. 437.
- WELZEL, HANS "Derecho Penal Aleman". Parte General, 11ª Edicion PPU, Barcelona 1994.
- WESSELS, JOHANNES. "Derecho Penal Parte General" edidicon Depalma, Buenos Aires 1980.
- WESSELS, JOHANNES. "Derecho Penal Parte General". Traducccion de la sexta edicion alemana de 1976 por el Dr. Conrado A. Finzi, Edicion Depalma, Buenos Aires, Argentina.
- ZAFFARONI, EUGENIO RAUL, "Manual de Derecho Penal". Parte General. 5ª edicion EDIAR, Buenos Aires, 1987.





III PARTE

TEMAS CLAVE PARA UNA JUSTICIA PENAL EFICAZ





RECEPTACIÓN Y ENCUBRIMIENTO EN LA LEGISLACIÓN PENAL SALVADOREÑA.

* Lic. Ricardo Vladimir Montoya

SUMARIO: 1. El legislador y el delito. 2. Delito de receptación y encubrimiento en la doctrina. 2.1. Origen del delito de receptación; 2.2. Elementos del delito de receptación. 2.3. Delito de encubrimiento. 2.4. Diferencias. 3. Receptación y encubrimiento en el CP. de 1998. 3.1. El encubrimiento 3.2. La receptación del art. 214-A Cp. y conclusiones.

INTRODUCCIÓN

Carlos es detenido por la PNC, acusado por el delito de receptación, al intentar vender un televisor del cual no tiene factura de compra. En un allanamiento en la casa de Juan, en busca de armas de fuego, se encuentran siete motores, de los cuales tres resultan con reporte de robo, siendo acusado por el delito de receptación.

En un allanamiento en busca de drogas se encuentra con un ventilador, que resulta tener un reporte de robo. Miguel alega que se lo vendió a bajo precio un señor que pasaba por la zona. Miguel es acusado por el delito de receptación.

Cada una de estas historias se repite día con día en los pasillos de tribunales, causando dudas respecto del delito de receptación. En esta oportunidad se desarrollará el tema en tres partes: la primera referida, a la función del legislador en la elección de las conductas que considera relevantes penalmente; en una segunda parte desarrollaremos el delito de receptación desde la perspectiva doctrinaria, y su diferencia con el delito de encubrimiento, para finalizar con un comentario del delito de receptación en la legislación penal salvadoreña.

1. EL LEGISLADOR Y EL DELITO

La selección de conductas que integran un código penal corresponde a los legisladores de cada sociedad. Dicha facultad de elección no es antojadiza, por el contrario, debe responder a criterios de trascendencia, necesidad y efectividad de intervención estatal en la conducta que pretenden evitar.

* Abogado de la República con estudios de post-grado en especialidad profesional de Administración de Justicia Penal, enfoque socio-jurídico de la Universidad de Costa Rica. Autor del artículo "Universidad y Reforma Judicial" publicado en diferentes periódicos del país; comentarios bibliográficos del libro: "Reformas Procesales en América Latina, La Oralidad, en los Procesos" Publicado en Guatemala en Revista de Ciencias Penales: "Justicia Penal y Sociedad", Año III, número 5. 1994.



Trascendencia, en la medida que la comisión de la conducta prohibida, causa un grave perjuicio social que atenta contra intereses o bienes considerados por la sociedad, de especial valor. Por ejemplo, la disposición patrimonial, la vida, la libertad ambulatoria, etc. Necesidad de protección penal, en la medida que no exista otro mecanismo social para responder a la conducta que se pretende evitar, y se tenga plena certeza que la respuesta penal es la única viable frente a la conducta social desvalorada. Por último, la conducta prohibida debe ser analizada desde la perspectiva de efectividad en la persecución, siendo inviable su formulación penal si resulta ineficaz la actividad del Estado. Por ejemplo, prohibir incurrir en mora crediticia no provocará que nos convirtamos en deudores puntuales al momento de pagar nuestras obligaciones de este tipo.

En general, existen diversos criterios sociales y prácticos que limitan la función creadora de delitos por parte de nuestros legisladores. La formulación de un delito, a su vez, debe cumplir con requerimientos técnicos; requerimientos que incluso tienen rango constitucional como el que supone el principio de legalidad. El principio de legalidad en concreto, hace referencia a tres elementos fundamentales de toda conducta penal, ya lo había mencionado Anselm Von Feuerbach, en el siglo XIX, al utilizar la expresión latina "*nullum crimen, nulla poena sine previa lege*" (es decir, no hay delito ni pena sin ley previa).

El delito, como formulación legal, exige tres elementos: que la ley sea escrita, previa y estricta. Escrita en la medida que no tenemos un derecho oral o de costumbre, sino basado en formulaciones escritas en libros capaces de ser consultados por cualquier persona. Previa a la conducta que prohíbe, como consecuencia de la capacidad de motivarnos conforme a lo prohibido y decidir, conforme a nuestro libre albedrío, si hacemos lo prohibido o nos abstenemos de ello. Por último la ley debe ser estricta, es decir, lo más clara y precisa posible, de tal forma que no exista lugar a erróneas interpretaciones y tengamos la certeza absoluta de saber si incurrimos o no en delito con nuestro comportamiento. Estos elementos son requisitos indispensables para la formulación de leyes, especialmente las penales.

II. EL DELITO DE RECEPCIÓN Y ENCUBRIMIENTO EN LA DOCTRINA.

Si consideramos relevante penalmente el hecho de beneficiarse económicamente de los efectos, u objetos provenientes de un delito, haciendo casi imposible el descubrimiento del delito de origen y provocando un beneficio que consideramos injusto, entonces estarán de acuerdo en considerar la receptación como un delito autónomo merecedor de responder al poder penal del Estado. Con este acuerdo básico analizaremos la receptación en la doctrina.

2.1. Origen del delito de Receptación.

Inicialmente fueron los romanos quienes crearon la figura del receptor, como parte de una figura más amplia denominada encubrimiento. Las consecuencias penales para los acusados de encubrimiento fueron distintas de acuerdo al momento histó-



rico en que se desarrollaban. Así, durante la época de la República romana, se diferenciaba al receptor del encubridor y éstos a su vez se diferenciaban del delito encubierto. No ocurrió igual durante la época imperial romana, en la que tanto el receptor como el encubridor tenían la característica de ser co-delincuentes del delito encubierto y como tal eran sancionados por el mismo delito. Esta indiferenciación delictual permaneció durante la Edad Media e incluso fue incorporada de esta forma por el Código Napoleón, quien los reguló (al receptor y al encubridor) como co-partícipes del delito⁵⁴³.

La diferenciación entre el encubridor, el receptor y el autor del delito encubierto, surge a partir de los clásicos, utilizando como criterio o pauta diferenciadora el elemento intencional o ánimo de colaborar con el hecho ajeno. Ello condujo a convertir el encubrimiento en una figura penal autónoma⁵⁴⁴. Lo anterior, en virtud del respeto al nexo causal entre la conducta inicial configuradora de delito y la conducta posterior de terceras personas, irrelevante penalmente para el hecho inicial, pero relevante para configurar un delito autónomo denominado receptación o encubrimiento, en su caso y respetando con ello la responsabilidad personal de cada uno por la acción realizada.

La diferenciación entre el delito de encubrimiento y la receptación, se retoma en las legislaciones penales, a partir del siglo IX. Por ejemplo, nuestro Código Penal de 1973, diferenciaba la receptación regulada en el Art. 259 y el delito de encubrimiento regulados en los Arts. 470 y 471.

2.2. Elementos del delito de Receptación.

De acuerdo a Luis Jiménez de Asúa, la receptación y el encubrimiento son considerados tipos de encuentro, dado que convergen dos conductas para configurar el delito, es decir, el agotamiento o consumación del delito de origen y el aprovechamiento, por un segundo autor, de los efectos del primero⁵⁴⁵. Actualmente también son llamados delitos sucesivos o de referencia, en la medida que requieren como presupuesto la realización de un hecho punible⁵⁴⁶. Para desarrollar algunos elementos del delito de Receptación, analizaremos inicialmente, el inciso primero del artículo 259 del Código Penal de 1973.

Receptación

Art. 259.- "El que con el fin de conseguir para sí o para otros algún provecho, adquiriera, reciba u oculte dinero o cosas procedentes de cualquier delito o falta, en el que no haya tenido participación, será sancionado con prisión de seis meses a dos años."

543 Ferreda, Francisco José. Delitos contra la Administración Pública, Bogotá. Edit. Temis, 1995. p. 244

544 Ibid, pág. 245.

545 Ibid. Pág 248.

546 Vives Antón, Tomás. Comentarios al Código Penal de 1995. Editorial Tirant Lo Blanch. Valencia, 1996, pág. 1450.

a. Elementos objetivos.

En cuanto al sujeto activo, no existe ningún requisito especial, siempre que no haya participado en el delito precedente. La acción típica, en este caso los verbos rectores son los mismos del artículo vigente en el Código Penal: ADQUIRIR, RECIBIR U OCULTAR dinero o cosas. El que adquiere: ya sea a título de propiedad o con voluntad de ejercer cualquier otro derecho real. El que recibe: tomando, admitiendo o aceptando, de quien lo da o envía.⁵⁴⁷ El que oculte, es decir lo quita de las probabilidades de localización de terceros⁵⁴⁷.

Otro elemento que exige el tipo objetivo, es la certeza que el dinero o cosas procedan de cualquier delito, ello significa, exigir como presupuesto la existencia de un delito previo, comprobable con la prueba correspondiente, es decir, la certificación de la denuncia o aviso. De igual forma sucede cuando el hecho precedente sea una falta, ésta debe existir previamente al delito de receptación.

El último elemento del tipo objetivo, es algo que ya mencionamos. Se trata de la condición de no haber participado en el delito precedente, ello incluye la ayuda o promesa de colaborar con posterioridad al hecho, puesto que estaríamos ante la presencia de una forma de participación del delito anterior y no de un hecho autónomo.

b. Elementos subjetivos.

Cada conducta señalada como receptación exige el dolo, o sea conocimiento y la voluntad de realizarla. Este conocimiento debe abarcar todos los elementos objetivos del tipo, incluyendo el conocimiento cierto que el dinero o las cosas proceden de un delito. En este caso, el conocimiento que se exige no es un conocimiento técnico similar al de un abogado, sino, un conocimiento genérico propio de cualquier persona. Por ello, algunos mencionan que se trata de un conocimiento lego. Un segundo elemento subjetivo del delito de receptación, es la finalidad que persigue, siendo principalmente un fin lucrativo para sí, o bien para terceras personas, siempre que no se trate de los autores y partícipes del delito previo.

c. El bien jurídico protegido.

Generalmente, se ha considerado la receptación como un delito contra el patrimonio, de ahí que la reforma del 17 de junio de 1999, la ubicara dentro del título VIII, referido a los delitos contra el patrimonio. La razón es el favorecimiento que ocasiona al autor de un delito el ayudarlo a que se beneficie de los efectos del delito. La conducta del receptor afecta al bien jurídico ya lesionado por el delito precedente y agrava aún más la lesión a este bien jurídico. Otros autores consideran la conducta del receptor

547 Creus, Carlos. Derecho Penal. Parte especial. Ed. Astrea. Buenos Aires. 1997, p. 346.



como una lesión a la administración de justicia, al generar un beneficio injusto producto del delito, ayudando al autor del delito precedente a beneficiarse del mismo, ocultando el delito de la administración de justicia. Esta doble afección hace difícil su diferenciación del delito de encubrimiento, con el cual comparte el fundamento para su regulación penal. En cuanto figura concursal, una vez establecidas dos más acciones delictivas, serán aplicables las reglas del delito continuado.

2.3. El delito de encubrimiento.

También llamado favorecimiento, fue considerado como forma de participación, regulado conjuntamente con la instigación y complicidad. Sin embargo, la regulación autónoma del delito, se explica en la medida que la conducta prohibida se realiza una vez se ha ejecutado el delito que se pretende encubrir. Por ello, no se trata de una participación, sino de un nuevo delito. Por regla general, se señala que sólo existe participación mientras el ilícito no se ha consumado o ejecutado. Una vez realizado el hecho punible, sólo es posible la creación de un nuevo delito, en este caso de un encubrimiento.

En doctrina se acepta que el delito de encubrimiento sólo se puede realizar, una vez se terminen los actos ejecutivos del delito que se encubre⁵⁴⁸. La dificultad reside en establecer con precisión en qué momento se termina la ejecución. Por ejemplo, el momento en que la tentativa se agota, no necesariamente coincide con el momento de la consumación de un delito. El secuestro, como delito permanente, se consuma al momento de privar de libertad a otro, pero se sigue ejecutando en el tiempo mientras se mantiene privado de libertad al sujeto pasivo⁵⁴⁹. Mientras la ejecución del delito no concluya, cualquier conducta que se realice, será considerada como un acto de partícipe (sea necesario o no) y no como encubrimiento⁵⁵⁰.

Otro ejemplo, de esta diferencia, se da en los casos de delito continuado, así el delito se consuma con el primer hecho delictivo, pero no se agota hasta que se realice el último hecho punible. En el caso de lesiones producidas por golpes, el delito se consuma con el primer golpe recibido por el sujeto pasivo, pero se agota hasta recibir el último. El encubrimiento sólo es tal, si el delito ya se ha agotado, al momento incorporar la conducta del encubridor. En general es indiferente que el delito previo se trate de un hecho doloso o culposo, bastando con el conocimiento de la existencia del hecho.

548 Zaffaroni, Eugenio R. Manual de Derecho Penal. Parte General. Cardenas Editor Distribuidor. México, 1991, p. 625.

549 Ibid, p. 626.

550 Ibid., p. 626.

a. Clases de encubrimiento.

Doctrinalmente se ha clasificado el encubrimiento de dos formas, tomando en cuenta las características de la conducta, tratándose siempre de la misma finalidad: a) favorecimiento o encubrimiento personal; b) favorecimiento o encubrimiento real. Para su desarrollo, retomaremos los artículos 470 y 471 del Código Penal de 1973.

Encubrimiento Personal.

Art. 470.- "El que con conocimiento de haberse perpetrado un delito y sin concierto previo, ayudare al autor o cómplice a eludir la acción de la autoridad, será sancionado con prisión de seis meses a seis años."

En el encubrimiento personal, la conducta significa una ayuda dirigida directamente al autor (o partícipe), del delito precedente. La ayuda debe significar un auxilio al autor, a fin de sustraerse de la acción de la justicia. No se toman en cuenta los consejos ni apoyos de índole moral. El elemento subjetivo en este tipo de conductas, especialmente el elemento cognitivo, implica que el autor es consciente del auxilio que presta, y los efectos que produce con su conducta, evitando con ello la localización del culpable. Incluso es innecesario que la ayuda proporcionada por el encubridor sea conocida por favorecido⁵⁵¹.

Encubrimiento Real.

Art. 471.- "El que con conocimiento de haberse perpetrado un delito y sin concierto previo, ayudare al autor o cómplice a suprimir, ocultar o alterar de cualquier manera las pruebas o los efectos que del mismo provinieren o los instrumentos con que se ejecutó, será sancionado con prisión de seis meses a tres años."

La finalidad de esta conducta es la misma que la anterior, diferenciándose en el tipo de ayuda que presta, la cual está orientada a impedir el descubrimiento del delito. La ayuda que presta el encubridor recae sobre los efectos, rastros, prueba o instrumentos utilizados en la realización del delito que encubre.

b) Bien jurídico del encubrimiento.

De igual forma que el delito de receptación, el delito de encubrimiento continúa con la lesión al bien jurídico violentado en el delito precedente e impide identificar los responsables del delito previo, al obstaculizar la recuperación de los efectos derivados del mismo. Este tipo de conducta significa una obstaculización en el funcionamiento normal de la Administración de Justicia, entendida como el accionar de jueces, fiscales

551 Creus, Carlos. Ob. Cit, p. 341.



y policías, quienes dirigen su labor a la restauración del orden jurídico alterado por el delito⁵⁵². De ahí que tradicionalmente se ha considerado a la Administración de Justicia como el bien jurídico a que afecta este tipo de conducta.

2.4. Diferencia entre la receptación y el encubrimiento.

La delimitación entre el encubrimiento y la receptación no es pacífica en la doctrina, especialmente en aquellos casos en que no se puede establecer si la conducta del sujeto activo "auxilia a los delincuentes para que se aprovechen de los efectos del delito" o bien "se aprovecha para sí de los efectos del delito"⁵⁵³. Algunos autores denominan a este tipo de casos como encubrimiento real remunerado, haciendo referencia a las características mixtas de receptación y encubrimiento que presenta⁵⁵⁴.

Tanto la receptación como el encubrimiento, poseen elementos comunes, ellos son: 1) Intervención posterior en un delito ya cometido; 2) Conocimiento del hecho punible previamente realizado; 3) Que el sujeto no haya participado en el delito previo. La diferencia esencial entre ambos delitos se establece en la finalidad o ánimo de la conducta. En el delito de encubrimiento el sujeto activo se limita a "auxiliar" a los autores y partícipes del delito previo, obrando "desinteresadamente" y con "animus adjuvandi" (ánimo de colaborar). Caso contrario del delito de receptación, en el cual el autor aprovecha para sí los efectos del delito, actuando con un fin de enriquecimiento o "animus lucrandi"⁵⁵⁵.

Esta distinción doctrinal, no siempre es efectiva. Por ejemplo, cuando Juan colabora con Pedro recibiendo al final un lucro o provecho personal⁵⁵⁶. En estos casos la respuesta nuevamente se da en el elemento subjetivo, reconociendo la co-existencia del ánimo de colaborar y del ánimo de lucro, pero dándole mayor énfasis a uno de ellos. Si Juan tiene mayor ánimo (o interés principal) de colaborar que de lucro, se tipificará como encubrimiento; en caso contrario se considerará como receptación. La diferencia entre uno y otro, puede significar una sanción más grave, dependiendo del ordenamiento jurídico.

552 Martínez, Andrés. El encubrimiento. En Cuadernos de Derecho Judicial. Consejo General del Poder Judicial, 1994, p. 46.

553 Farre, Elena. Comentarios a la jurisprudencia del Tribunal Supremo, en Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, Tomo XLI, Enero-abril. 1988. p. 242.

554 Por ejemplo, Pedro roba una joyería, entregándole las joyas a Juan para que las venda. Juan vende las joyas en tres mil colones y entrega el dinero a Pedro, quien le da a Juan quinientos colones.

555 Ibid. P. 244.

556 Algunos autores le llaman favorecimiento real retribuido.

3. LA RECEPCIÓN Y EL ENCUBRIMIENTO EN EL CÓDIGO PENAL DE 1998.

El delito de receptación nunca desapareció del ordenamiento jurídico penal salvadoreño. Al contrario, la entrada en vigencia del Código Penal de 1998, significó un avance cualitativo en su regulación y técnica legislativa. Hemos mencionado la bizantina discusión jurídica en aquellos casos llamados de “favorecimiento real remunerado”, en los que los elementos de la conducta hacen difícil su identificación como delito de encubrimiento o delito de receptación, diferencia que no ha sido resuelta por la jurisprudencia comparada.

3.1. El encubrimiento

Dicha discusión doctrinal ha sido superada en nuestro ordenamiento jurídico, al regular la receptación como una variante del delito de encubrimiento. Para ello analizaremos el artículo que regula este último:

Encubrimiento.-

Art. 308. “Será sancionado con prisión de seis meses a tres años, el que con conocimiento de haberse perpetrado un delito y sin concierto previo, cometiere alguno de los hechos siguientes:

- 1). Ayudare a eludir las investigaciones de la autoridad o a sustraerse a la acción de ésta;*
- 2). Procurare o ayudare a alguien a obtener la desaparición, ocultamiento o alteración de los rastros, pruebas o instrumentos del delito o asegurar el producto o el aprovechamiento del mismo; y,*
- 3) Adquiriere, recibiere u ocultare dinero, cosas o efectos provenientes de un delito o interviniere en su adquisición, recepción u ocultamiento.*

No se aplicará la pena, en los casos de los números 1) y 2) a quien encubriere a su ascendiente, descendiente, adoptante, adoptado, hermano, cónyuge, conviviente o persona en análoga relación de afectividad.”

El enunciado inicial del artículo retoma los elementos comunes existentes entre el delito de receptación y el encubrimiento. Así, es necesario un elemento subjetivo, que es propiamente “el conocimiento de haberse perpetrado un delito”. En segundo lugar, que la conducta del encubridor no forme parte del delito precedente; de lo contrario, aunque sólo se tratara de una promesa, estaríamos en presencia de un partícipe del delito que se encubre.



Ya hemos mencionado que el conocimiento de haberse perpetrado un delito, es un conocimiento característico de la persona promedio, dado que si se exigiera un conocimiento efectivo o técnico de “haberse perpetrado un delito”, estaríamos en presencia de un delito dependiente de la efectiva imposición de una pena por un hecho precedente, lo que negaría el carácter autónomo del delito de encubrimiento. En cuanto a la no existencia de un concierto previo, ello enfatiza la no participación del encubridor en el hecho anterior de modo que no forma parte del plan del autor y es totalmente independiente la conducta del encubridor. La promesa de ayuda, previa al hecho, forma parte de un acuerdo de voluntades que niega con ello el carácter de encubridor.

El número uno del Art. 308, trata la clásica figura de encubrimiento o favorecimiento personal. La coincidencia con el artículo 470 del Código Penal derogado es evidente y únicamente resta expresar que la conducta de este número exige los mismos elementos ya señalados en el enunciado inicial del artículo, no importando si la conducta del encubridor recae sobre las personas a quien simplemente se impute un delito, o bien se trate de personas señaladas legalmente como responsables del mismo. Ello se deduce del sentido de las conductas del número uno, una de ellas orientada “a eludir las investigaciones” y en la segunda parte con el sentido más genérico de “sustraerse de la acción de ésta”, expresión referida a la autoridad penal correspondiente. Esto posibilita que se trate de un imputado o un condenado penalmente.

El número dos, en su primera parte, coincide con la figura de encubrimiento o favorecimiento real, desarrollado anteriormente en nuestra legislación penal. La conducta del encubridor, en este caso, se orienta al ocultamiento de elementos que establezcan la existencia del delito. La conducta está dirigida a los efectos del delito más que a la persona del autor. La diferencia sustancial de esta figura, la aporta la segunda parte de este número, al incorporar como conducta encubridora a quien “asegurare el producto o el aprovechamiento del mismo”, señalando con ello aquellas conductas orientadas a garantizar el beneficio o provecho del delito precedente. Si bien en esta segunda parte no se establece un ánimo específico del encubridor, ello es necesario para diferenciarlo de la conducta regulada en el número tres. En concreto, se trata de aquellas figuras denominadas como favorecimiento o encubrimiento real retribuido.

En general, el elemento característico de las conductas prohibidas en los números uno y dos, está referida al ánimo de la conducta del encubridor, que si bien no se menciona expresamente en su formulación legal, se deduce por los verbos calificadores de los comportamientos “ayudare a”, “Procurare o ayudare a alguien”, que el ánimo o intención del encubridor, el cual se trata siempre de un “ánimo *adjuvandi*” o ánimo de colaborador.

El número tres del Art. 308, a diferencia de los números anteriores, orienta la acción prohibida hacia el mismo sujeto activo. El ánimo que refleja cada una de las acciones del tipo no puede ser otra que un ánimo de lucro, pues sólo esto la distinguiría

de las conductas precedentes, las cuales se caracterizan por un ánimo de colaborar, distinto a este apartado, que se refiere a aquellos que buscan un provecho propio. Tratándose en última instancia de conductas propias del receptor.

Además, determina que todos los que “intervinieren en su adquisición, recepción u ocultamiento” serán considerados autores, negando con ello cualquier modalidad de participación dentro del tipo penal. Por ejemplo, el hijo que lleva al autor del robo de joyas, ante la presencia del padre para que adquiera o reciba a buen precio los efectos del delito de robo, será considerado autor, de igual forma que el padre. La receptación como conducta especial dentro del delito de encubrimiento, coincide con la concepción originaria de los antiguos romanos, que la consideraban como integrante de la figura de encubrimiento.

3.2. La receptación del artículo 214-A CP.

Receptación.-

Art. 214-A. “El que sin cerciorarse previamente de su procedencia legítima, adquiera, reciba u oculte dinero o cosas que sean producto de cualquier delito o falta en el que no haya tenido participación, será sancionado con prisión de seis meses a dos años.

Se debe presumir por el sujeto activo que las cosas son de ilegítima procedencia cuando hubiere notoria desproporción entre el precio de la adquisición y su valor real; cuando las mismas son exhibidas, entregadas o vendidas de manera clandestina; o cuando hubiere cualquier elemento de juicio suficiente para suponer que conocía su ilícita procedencia.

Lo dispuesto en este artículo se aplicará también al que, en las condiciones previstas en el inciso primero de este artículo, de cualquier manera intervenga para que se adquieran, reciban u oculten el dinero o las cosas procedentes de cualquier delito o falta.

Si el culpable ejecutare habitualmente los hechos que se sancionan en el presente artículo, la pena será de uno a cinco años de prisión y de veinte a doscientos días multa”.

El artículo 214-A, creado por el Decreto Legislativo N°. 642 del 17 de junio de 1999 y publicado en el Diario Oficial N° 128, Tomo 344 de fecha 9 de julio de 1999, puede sostenerse que presenta un vicio de fondo, insubsanable mediante una interpretación conforme a la Constitución. Se trata del incumplimiento de las reglas al principio de legalidad. El artículo en comento obliga a toda persona a cerciorarse previamente de la procedencia legítima de todo lo que adquiera, reciba u oculte, sin exigir a su vez, “el conocimiento cierto que sean producto de cualquier delito o falta”. Ello



atenta contra la seguridad jurídica, puesto que nadie sabe con certeza y precisión cuándo está cometiendo una infracción penal o no.

La constitucionalidad o no de tipos penales abiertos debe tomar en cuenta ciertos parámetros. Por ejemplo, la Sala de lo Constitucional en su sentencia de inconstitucionalidad sobre la Ley de Emergencia contra la Delincuencia y el Crimen Organizado⁵⁵⁷ señala: “los alcances y límites del principio de legalidad en materia de tipificación de conductas delictivas, están determinados por el nivel de generalidad insito a la construcción en abstracto de los elementos que configuran la situación elevada a la categoría de delito por el legislador; y no es posible exigir al legislador el nivel de concreción propio de la realidad que valora el juez”, agregando más adelante: “De lo anterior se concluye que, siendo el tipo penal una construcción lógica de la situación hipotética conminada en abstracto con la imposición de una pena, la misma debe hacerse con el mayor nivel de precisión y claridad que permitan los marcos o límites de tal construcción, lo cual no puede llevar a exigir del legislador un nivel de precisión que sólo puede ser hecho por el juzgador a la vista de la situación fáctica que le corresponda decidir”.

Cuando la construcción del tipo penal rompe la precisión y claridad que exige tal construcción, respetando la generalidad necesaria para conminar conductas, se convierte en inconstitucional. Consideramos inconstitucional el artículo 214-A por constituir un tipo penal en blanco, ya que prácticamente cualquier conducta puede encajarse en el supuesto que prescribe el citado artículo⁵⁵⁸.

Las construcciones genéricas e imprecisas, se convierten en verdaderos “retos” para la determinación del dolo. En este caso, se puede llegar a afirmar que la conducta se sanciona a título de imprudencia, (pues violentó el deber objetivo de cerciorarse previamente de la procedencia legítima de la cosa), al no exigir el conocimiento y voluntad de la procedencia ilegítima de la cosa que adquiriera, reciba u oculte.

La exigencia del dolo, no se fundamenta en violaciones a la norma de deber. Al contrario, es una construcción lógica que se analiza en el caso concreto. De ahí que la ilicitud de un hecho punible es vista como un injusto personal, propio e indiferible. Especialmente si consideramos el dolo como elemento integrante del tipo penal⁵⁵⁹.

557 Sentencia definitiva de la sala de lo constitucional 15-96. Ac. Castillo y otros vrs. Decreto legislativo N° 668.

558 En este mismo orden, el inciso segundo violenta el principio de inocencia, al prescribir presunciones genéricas dentro del tipo, que se convierten en presunciones de culpabilidad por no considerar el caso concreto.

559 La exigencia de precisión se fundamenta desde la filosofía jurídica, en la medida que sólo una norma imperativa o de mandato, entendible por su precisión y claridad, puede motivar la realización o abstención de una conducta.



4. CONCLUSIONES

La función del legislador al momento de seleccionar conductas penalmente relevantes, no está exenta de límites. Dichos límites funcionan tomando en cuenta las condiciones y particularidades de cada sociedad. Ello no significa la facultad discrecional de seleccionar antojadizamente conductas penales, y es más, una vez seleccionadas dichas conductas debe cumplirse a cabalidad con los requisitos técnicos que garanticen una adecuada aplicación y entendimiento de la norma penal.

El Código Penal de 1998 significó un avance en la regulación de la receptación, al zanjar discusiones estériles para distinguirlo del encubrimiento, incorporándolo en forma genérica dentro de las conductas de encubrimiento y retomando con ello una perspectiva que se origina en tiempos de la república romana.

Sin embargo, el decreto que dio origen al artículo 214-A CP., incumple los requisitos mínimos de claridad y precisión necesarios para una efectiva aplicación dentro de un Estado de Derecho, por lo que se considera inconstitucional su contenido.



COMENTARIO A LOS DELITOS DE RESISTENCIA, DESOBEDIENCIA Y DETENCIONES ILEGALES

Martin Rogel Zepeda *

SUMARIO: 1. El delito de resistencia. 1.1. Descripción típica y requisitos objetivos. 1.1.1 Acto legal. 1.1.2. Bien Jurídico protegido. 1.2. Requisitos subjetivos. 1.3. Particularidades de la "opción", violenta. 2. Delito de desobediencia.. 2.1. Descripción típica y relación con el tipo penal de resistencia. 2.2. Requisitos típicos. 2.2.1. Forma de la conducta. 2.2.2. Sentencia, desición u orden. 2.2.3. Relación jerárquica. 2.3. Requisitos típicos subjetivos. 3. Las detenciones legales. 3.1. Presupuesto de las distinciones legales. 3.2. El caso de la detención provisional. 3.3. La detención ordenada por el fiscal. 3.4. La detención en flagrancia. 3.5. El art. 290 No. 3 CPP. 3.6. Reflexión fiscal.

1. EL DELITO DE RESISTENCIA.

1.1. Descripción típica y requisitos objetivos.

El delito de RESISTENCIA, se encuentra tipificado y sancionado en el Art. 337 CP., y al efecto señala: "El que se opusiere mediante violencia, a la ejecución de un acto legal de un funcionario o empleado publico, agente de autoridad o autoridad Pública o contra los actos de un particular que les prestare asistencia a requerimiento de ellos o en virtud de un deber legal, será sancionado con prisión de seis meses a dos años." Este delito presupone una ejecución actual o inminente de un acto de un órgano público que debe ser debidamente individualizado, es decir con destinatario, es por ello que el autor SEBASTIAN SOLER señala: "que la resistencia comienza cuando el órgano⁵⁶⁰ inicia el ejercicio de su función ejecutiva, esto es del acto mismo encomendado".

El tipo penal descrito, se refiere a la oposición utilizando violencia ante la ejecución de un acto legal desarrollado por un funcionario o empleado público, agente de autoridad o autoridad pública. La problemática principal del tipo es el alcance que se le debe dar al concepto de oposición a la ejecución de un acto legal, puesto que no cualquier oposición debe ser considerada como una resistencia a la autoridad. Puede existir oposición natural de parte de la persona en la vida cotidiana que no es comprendida en el tipo penal de RESISTENCIA.

* Presidente del Tribunal 3°. de Sentencia de San Salvador, -autor de: "La Institución" en Ensayos Doctrinarios del nuevo Código Procesal Penal, publicado por ARSJ-UTE en 1998- Capacitador del Área Penal, ECJ.

560 SOLER, SEBASTIAN "Derecho Penal Argentino", Tipografía Editora Argentina, Buenos Aires, 1992.

1.1.1. "Acto legal"

Existen actos de la autoridad que manifiestamente son contrarios a la Ley, ante ello no es posible expresar que quien se resiste a la ejecución del acto configura automáticamente el delito, porque solamente es típica la acción que se opone a un acto propio del legítimo ejercicio del funcionario o autoridad. Ante esto, autores como VIVES ANTON señalan que existe un derecho a resistirse, al señalar que "un derecho de resistencia que puede amparar el empleo de la fuerza operará generalmente respecto de nulidad radical del acto. En tales casos la ilegitimidad de la actuación provocará la falta de un elemento del tipo: el funcionario no se hallará en el ejercicio de sus funciones públicas. Por consiguiente, no será necesario acudir a las causas de justificación para extraer la conclusión de la impunidad de la conducta que actúa el derecho de resistencia".⁵⁶¹

No incurrirá en el delito de RESISTENCIA, aquella persona que no permite una detención de agentes policiales, quienes sin tener orden escrita de detención, asimismo sin encontrarse en un delito flagrante, pretenden remitirlo a una delegación policial argumentando que dicha persona se encuentra en una actitud sospechosa. La RESISTENCIA estará justificada ante la ilegalidad de la actuación policial. Comete delito de RESISTENCIA, aquella persona a quien los agentes policiales la persiguen porque acaba de cometer un hecho punible, y no obstante el llamado de la policía de rendirse, procede agredir a los agentes policiales para impedir que realicen la detención.

El hacer una interpretación sumamente amplia de la figura delictiva nos llevaría a considerar como ejecución de un acto legal cualquier actividad desplegada por los sujetos pasivos descritos en el tipo, comprendiendo incluso actuaciones en las que no haya existido afectación sobre el bien jurídico tutelado y con ello inobservar el Principio de Lesividad del Bien Jurídico regulado en el Art. 3 CP.

1.1.2. Bien jurídico protegido.

Para MUÑOZ CONDE, *"La razón de ser de este delito de algún modo es la protección penal del ejercicio correcto de un cargo que implica siempre el ejercicio de alguna forma de autoridad, pero no el principio de autoridad en sí mismo considerado. Se trata pues, la mayoría de veces de personas que ejercen su autoridad para preservar la Paz Pública en las manifestaciones colectivas de la vida cotidiana; cuando no es así, hay que hacer una interpretación restrictiva y no cualificar automáticamente de atentado cualquier agresión sobre una persona revestida formalmente del carácter de autoridad, pero fuera de horas de servicio o por motivos privados... En todo caso, la protección penal cesa cuando la autoridad o el funcionario se extralimita en sus funciones, hasta el punto de perder su cualidad funcional o de autoridad"*.⁵⁶²

561 VIVES ANTON, T. S. - J. C. CARBONELL MATEU y otros "Derecho Penal Parte Especial", 2ª Edición, revisado y actualizado Tiranta lo Blach, Valencia 1996.

562 MUÑOZ CONDE, FRANCISCO "Derecho Penal Parte Especial", Tirant lo Blanch, Valencia 1996.



Cobra importancia el determinar hasta dónde los sujetos que realizan el acto, están actuando dentro del marco de las atribuciones que la ley les confiere puesto que no todos los actos que realizan con ocasión de sus funciones, son de acuerdo a como la ley lo ordena, puesto que en la práctica existe un exceso en las actuaciones de los funcionarios o autoridades que incide en la reacción de la persona frente a la autoridad, lo cual debe evaluarse a fin de precisar la legalidad o no en la actuación de la autoridad. Por lo expuesto es preciso dilucidar qué es lo que se pretende tutelar al tipificarse el delito de resistencia, ya que de esta forma se tendrá claridad sobre qué valor fundamental se pretende proteger, lo que permitirá dar una solución adecuada a aquellos casos en donde se atribuye la comisión del delito de RESISTENCIA A LA AUTORIDAD a una persona.

Del análisis sistemático y por la ubicación que tiene el tipo penal en el Código, se determina que se encuentra regulado en el Título XVI, que contiene los Delitos Relativos a la Administración Pública, de ahí que la idea inicial que se tiene es que el bien jurídico a proteger es la Administración Pública, entendiéndose por tal: *“La actividad continua y fundamental del Estado, dirigida a la formación de los órganos estatales, comprendidos los de la legislación y la jurisdicción y a la actuación de las condiciones por la aplicación de la actividad funcional de toda suerte de Órganos.”*⁵⁶³ La noción antes expuesta sobre el bien jurídico, es sumamente amplia, lo que es comprensible dado que son múltiples las figuras típicas que pretende abarcar el legislador con los delitos relativos a la Administración Pública, por lo que debemos concretizar y especificar en cada tipo penal, y en vista que el delito de RESISTENCIA está ubicado en el Título XVI, Capítulo III, relativo a los Delitos Cometidos por Particulares, acordaremos que el bien jurídico protegido: “Es el respeto que los ciudadanos deben a la actuación correcta de la administración, como requisito necesario para la eficacia de su funcionamiento.”⁵⁶⁴ Para VIVES ANTON, y J. C. CARBONELL MATEU, en la obra Derecho Penal Parte Especial, señalan que: “Los Poderes Públicos no tienen una dignidad en el mismo sentido que lo poseen las personas individuales; pero sí, en cuanto Poderes Legítimos, merecen y precisan el respeto de los ciudadanos, no hay inconveniente alguno en seguir hablando de dignidad, entendida funcionalmente como requisito imprescindible de su buen funcionamiento”.⁵⁶⁵

En los comentarios al Nuevo Código Penal Español, dirigidos por GONZALO QUINTEROS OLIVARES, a propósito del tema se expresa: “que el atentado al bien

563 GOLDSTEIN, RAUL “Diccionario de Derecho Penal y Criminología”, Tercera Edición actualizada y ampliada. Editorial ASTREA de ALFREDO y RICARDO DE PALMA, Buenos Aires, Argentina 1993.

564 MORENO CARRASCO, FRANCISCO y RUEDA GARCIA, LUIS “Código Penal de El Salvador Comentado” República de El Salvador, Agosto de 1999. EDITA: JUSTICIA DE PAZ. (C. S. J. - A. E. C. I.).

565 VIVES ANTON, T. S. - J. C. CARBONELL MATEU y otros “Derecho Penal Parte Especial”, 2º Edición, revisado y actualizado Tiranta lo Black, Valencia 1996.

jurídico debe de trascender la mera relación interpersonal entre agresor y víctima, hacia la alteración o riesgo para la convivencia ciudadana, fuera de este ámbito estos delitos no merecerían un trato diferencial del que se otorga a los delitos comunes que aquí operan como referencia, Amenazas y Coacciones, ya que al tratarse de bienes jurídicos personalísimos la especialidad de sanción debe encontrar su fundamento en la pluriofensividad del delito”.⁵⁶⁶ Debe resaltarse que el respeto que los particulares deben a la Administración, es sobre actuaciones fundamentales para el adecuado desenvolvimiento del ente estatal, por lo que aquellas acciones de parte de los funcionario, empleados públicos o agentes de autoridad que no estén dentro de la idea formulada no se adecuan al tipo penal en comento. De ahí que CARLOS CREUS señala como requisito necesario de la acción típica “la existencia de una decisión funcional que haya originado una orden, ejecutable contra alguien, aunque no fuere individualizable, y al ejercicio actual de la actividad de un funcionario encaminada al cumplimiento efectivo de dicha orden.”⁵⁶⁷ Debe observarse que para el autor antes citado no es trascendente la individualización de la orden emanada de la autoridad, por lo que en este punto difiere de lo expuesto por VIVES ANTON, quien a nuestro entender es congruente con una interpretación más restringida.

1.2. Requisitos subjetivos.

Para la configuración del tipo de RESISTENCIA, no solamente deben observarse los elementos objetivos que prescribe el Art. 337 CP., como lo son la acción típica de oponerse, el medio utilizado que es la violencia a la ejecución de un acto legal, los sujetos sobre los que recae la acción típica que pueden ser funcionarios, empleados públicos, agentes de autoridad o autoridad pública, sino también el denominado por la doctrina como elementos subjetivos del tipo. Estos vienen dados por el DOLO, el que consistirá en conocer y querer realizar los elementos objetivos antes referidos, es decir que el autor conozca que con su actuación se está oponiendo a que se ejecute un acto legal desarrollado por cualesquiera de los sujetos que prescribe el Art. 337 CP.

Es obvio pensar que el conocimiento que el sujeto activo tenga sobre los elementos objetivos debe de ser de acuerdo a lo que se denomina como el conocimiento que posea una persona no versada en Derecho, puesto que no se le va a exigir a ella que tenga una noción técnica sobre que deba de entenderse por funcionario o autoridad pública, pero sí es normal que sepa que un agente de la Policía Nacional Civil, constituye una autoridad, esto es fundamental para la configuración del tipo, puesto que sólo cuando se tiene conocimiento de los referidos elementos estamos ante el

566 QUINTERO OLIVARES, GONZALO y otros, “Comentario al Nuevo Código Penal”, ARAZADI; Editorial 1996.

567 CREUS, CARLOS “Delitos Contra la Administración Pública”. Comentario de los artículos 237 al 281C.P. ARGENTINO. EDITORIAL ASTREA de ALFREDO y RICARDO DE PALMA. Buenos Aires, Argentina. 1981.



delito analizado, asimismo que estemos ante un acto voluntario de oponerse o de resistirse a la actuación de la autoridad. Al faltar el elemento subjetivo del tipo, pese a que nos encontremos ante una conducta que objetivamente sea adecuada a la descripción del Art. 337 CP., no estará completo el Juicio de Tipicidad, y consecuentemente es inoficioso determinar si la conducta era Antijurídica.

1.3. Particularidades de la "oposición violenta".

En el medio salvadoreño, es usual que los agentes policiales; con ocasión de mantener el orden y la tranquilidad de las personas, actúen para apaciguar los desórdenes que provocan quienes han ingerido bebidas embriagantes y que al apersonarse al lugar de los hechos, se resisten a acatar las instrucciones dadas por aquellos, y ante esta situación, proceden los agentes policiales a detener a la persona por el delito de RESISTENCIA, cuando dicha figura no corresponde, sino que lo que procede es atribuirle la comisión de una FALTA, puesto que pese a que estamos ante un acto realizado por un agente de autoridad, con ocasión de un acto legal como lo es el mantener la tranquilidad pública, la oposición desarrollada por los sujetos pasivos del hecho no reviste la entidad suficiente para constituir una oposición violenta que haya afectado de manera decisiva la eficacia de la administración, sino que constituye un hecho común que casi siempre que actúe la autoridad, tendrá en alguna medida que franquear para hacer que los particulares se sometan, más aún cuando existan factores como el alcoholismo, que afecten al destinatario de la orden.

El tipo penal de RESISTENCIA, señala un medio específico para su realización, como lo es la VIOLENCIA, ello demanda que debe observarse ésta, puesto que ante una oposición pacífica, puede señalarse que no es abarcada por el referido delito, aunque exista una distorsión en la actividad que desarrolla la Administración Pública. Esto porque constituye una garantía para la persona vía artículo 1 CP., la precisión que le demos a una conducta.

La VIOLENCIA que prescribe el Art. 337 CP., como un medio de oposición a la ejecución del acto legal desarrollado por el funcionario o autoridad, está orientada no solamente a la fuerza física por medio de la cual una persona constriñe a otra para que deje de realizar un acto contra su voluntad, sino también aquella amenaza orientada a que omita la realización de la actuación que pretendía desarrollar el funcionario o en su caso empleado público, por lo que debe visualizarse, no solamente la violencia desde el punto de vista físico, sino también psíquico.

2. EL DELITO DE DESOBEDIENCIA.

2.1. Descripción típica y relación con el tipo penal de resistencia.

Este delito se encuentra tipificado y sancionado en el Art. 322 del Código Penal, el que al efecto prescribe: "El funcionario o empleado público, agente de autoridad o

autoridad pública que se negare abiertamente a dar el debido cumplimiento a sentencia, decisiones u órdenes de un superior, dictadas dentro del ámbito de su competencia y revestidas de las formalidades legales, será sancionado con prisión de seis meses a un año e inhabilitación especial para el ejercicio del empleo o cargo por igual tiempo. No obstante lo dispuesto en el inciso anterior, no incurrirán en responsabilidad penal los funcionarios o empleados públicos, agentes de autoridad o autoridad pública, por no dar cumplimiento a un mandato que constituyere una infracción manifiesta, clara y terminante de un precepto de ley o de cualquier otra disposición reglamentaria.”

Este delito, en algunas legislaciones, es tratado en forma indiscriminada con el de RESISTENCIA, al grado tal, que en el proyecto de 1891 de la Legislación Argentina se contemplaba de forma conjunta la RESISTENCIA y la DESOBEDIENCIA, sin embargo en la actualidad se aborda de forma separada; existe como parámetro diferenciador el referente a que la DESOBEDIENCIA es una forma de resistencia menor, en la que no se emplea intimidación o fuerza, por lo que se dice que ésta se caracteriza por ser un delito por exclusión, que viene dado por aquel incumplimiento de una orden que no tenga lugar con los medios comisivos de la resistencia.⁵⁶⁸

La Jurisprudencia Española, al referirse al delito en comento, lo titula como “RESISTENCIA O DESOBEDIENCIA GRAVE A LA AUTORIDAD”, manifestando que requiere la concurrencia de los siguientes requisitos: a) Una orden de la autoridad no sólo dictada en el ejercicio de las funciones de su cargo, sino que contenga un mandato legítimo derivado de sus facultades o atribuciones competenciales, sin extralimitaciones o excesos; b) Que el mandato sea expreso, terminante y claro, e imponga una conducta activa u omisiva indeclinable o de estricto cumplimiento; c) Que la orden se comunique al interesado por medio de un requerimiento formal, personal y directo, y d) Que el requerido no acate la orden, manteniéndose ante ella en una actitud de rebeldía o manifiesta oposición que, por su ánimo de desobedecer, lesione sensible e indudablemente el principio de autoridad, al que desprestigia.”⁵⁶⁹

La legislación penal salvadoreña da un tratamiento diferenciado a la Resistencia y la Desobediencia, aunque se comparte la tutela del bien jurídico ya abordado al momento de analizar el delito de Resistencia. En la Desobediencia existe una negativa abierta a darle cumplimiento a una decisión emanada de una autoridad competente, pero sin llegar a la oposición violenta. Asimismo, es diferente el sujeto activo, el que en la Desobediencia debe tener la calidad de Funcionario, Empleado Público, Agente de Autoridad o Autoridad Pública, mientras que en la Resistencia no requiere una calidad específica el autor; esto se deduce de la simple lectura de ambos tipos penales.

568 FONTAN BALESTRA, CARLOS “Tratado de Derecho Penal” Tomo VII, Parte Especial, 2º Edición, Abeledo-Perrot, Buenos Aires.

569 GARBERI LLOBREGAT, J. y otros “Código Penal Interpretación Jurisprudencial y Legislación Complementaria” Primera Edición, Editorial BOCH S. A., Mayo de 1999; Barcelona, España.



2.2. Requisitos típicos.

2.2.1. Forma de la conducta.

El delito de Desobediencia se configura ante una negativa abierta, es decir expresa y terminante a cumplir una sentencia, decisión u orden superior. Por tanto, la simple inexecución de la orden no es lo que el tipo penal pretende tutelar, sino la abierta negativa al cumplimiento o ejecución del acto, estos es así, porque el Derecho Penal de ultima ratio, solamente actúa ante acciones u omisiones que no pueden ser repelidas por otros mecanismos jurídicos. Asimismo, es fundamental tener presente lo dispuesto en el Art. 1 CP., que entre otras cosas expresa que la Ley Penal debe describir de forma precisa e inequívoca la acción delictiva, lo que constituye pues, una garantía para el justiciable.

2.2.2. "Sentencia , decisión u orden".

Por Sentencia entiende EDUARDO PALLARES: "El acto jurisdiccional por medio del cual el Juez resuelve las cuestiones principales materia del juicio o los incidentales que han surgido durante el proceso."⁵⁷⁰ Esta definición comprende tanto las decisiones interlocutorias como las definitivas, congruente con lo dispuesto en el Art. 417 del Código de Procedimientos Civiles, que señala que SENTENCIA es la decisión del juez sobre la causa que ante él se controvierte. Es INTERLOCUTORIA o DEFINITIVA. El Código Procesal Penal salvadoreño, en el Art. 129 hace una distinción tripartita de las resoluciones judiciales, al efecto señala que: "La Sentencia es la que se dicta luego de la vista pública para dar término al juicio y la resolución que ponga término a un procedimiento abreviado; Auto, el que resuelve un incidente o una cuestión interlocutoria o en su caso para dar término al procedimiento; y Decreto, cuando sean decisiones de mero trámite.

Prácticamente, con la definición dada por el Código Procesal Penal sobre las resoluciones, con ésta se comprenderían los conceptos referidos en el delito de DESOBEDIENCIA, es decir Sentencia, Decisión y Orden. Sin embargo, las resoluciones a que se refiere al Art. 129 CPP., son las de carácter jurisdiccional, mientras que el delito no solamente hace alusión a estas, sino también a las de carácter administrativo, puesto que se incluye no solamente a la autoridad Pública, que sería el Juez, sino además al funcionario, empleado público y agente de autoridad; quienes emiten decisiones e imparten ordenes a sus subalternos, los que al desobedecerlas incurrirán en el delito analizado, toda vez que dichos mandatos sean dados en el ámbito de su competencia y estén revestidos de las formalidades que para el caso la Ley disponga.

570 PALLARES, EDUARDO "Diccionario de Derecho Procesal Civil". Editorial PORUA S. A. Décima Séptima Edición, México, 1986.

Sobre el punto anterior los autores del Código Penal de El Salvador Comentado señalan que: "Tales sentencias, decisiones y órdenes, tienen que haber sido dictadas dentro de la competencia temporal, espacial y material del superior y han de estar dentro de las esfera de atribuciones del sujeto activo, en cuanto a su cumplimiento, lo que equivale a decir que este ha de ser también competente para su cumplimiento y, además tienen que estar revestidas de las formalidades legales, formalidades que tiene que ser las esenciales para la validez del acto, con observancia de las garantías legales".⁵⁷¹

Sobre el significado del vocablo DECISION se expresa en el Diccionario Enciclopédico Ilustrado Océano Uno, Edición 1994, que es "Resolución que se toma o se da a una cosa ante la que existen dos o más alternativas". Prácticamente, con la definición de DECISIÓN se comprenderían los términos de sentencia, puesto que esta es una resolución, pero lo que sucede es que se ha querido ser sumamente amplio en los conceptos; la decisión es una consecuencia obligada de la manifestación de voluntad en que consiste la resolución. Se quiere abarcar todos aquellos actos que supongan determinación, toma de postura ante algún tipo de alternativa, ya sea judiciales como administrativas.

Con relación al termino ORDEN, EDUARDO PALLARES, en su Diccionario expresa: "Que es un mandato del superior que se debe obedecer y ejecutar por los inferiores". Por lo expuesto podría entenderse que estamos ante una noción de carácter administrativo, sin embargo, dicha aseveración no corresponde de manera exclusiva a dicho ámbito, pues el mandato es comprensivo tanto a nivel judicial como administrativo, que se da al emanar de un superior en ejercicio de una potestad. FRANCISCO JAVIER ALVAREZ GARCIA, al analizar los conceptos de Sentencia y Orden expresa: "que tiene una naturaleza jurídica diferente, que se distinguen también en el proceso de formación de voluntad que determina su emanación que para cada uno de ellos juegan diferentes reglas referidas a la forma y competencia, que uno - la sentencia - es expresión de potestad (la judicial) distinta a la que autoriza dictar el otro (la administrativa), posee una nota común en sus efectos: la determinación de conductas ajenas. Y ello es lo que nos permite unificarlas a los solos efectos del termino mandato".⁵⁷²

2.2.3. Relación jerárquica.

Sobre el ámbito de la conducta típica del delito de Desobediencia en la obra Derecho Penal Parte Especial de los autores T. S. VIVES ANTON y otros, refieren lo

571 MORENO CARRASCO, FRANCISCO y LUIS RUEDA GARCIA, "Código Penal de El Salvador Comentado" Corte Suprema de Justicia, República de El Salvador, Agosto de 1999.

572 ALVAREZ GARCIA, FRANCISCO JAVIER "El Delito de Desobediencia de los Funcionarios Públicos" Editorial Bosh, Barcelona, España, 1987.



siguiente: “De la formulación típica se desprende que la conducta punible se asienta en un doble presupuesto, la existencia, por una parte de una resolución judicial, decisión u orden y por otra de un deber, para la autoridad o el funcionario público de darles el debido cumplimiento. Dicho deber vendrá fundado, cuando de una decisión o de una orden se trate, por lo general en una relación de subordinación jerárquica entre quienes la imparten y el funcionario o autoridad obligados a obedecer; en tanto que una resolución judicial ha de ser acatada por cualquier autoridad o funcionario a quien se dirija, aún cuando no exista una relación de aquella especie. Naturalmente la decisión, la Orden o la Resolución Judicial han de haber sido dictadas en el ámbito de la respectiva competencia de la autoridad de la que proceden y han de venir revestidas de las formalidades legales”.

2.3. Requisitos típicos subjetivos.

Con relación al ámbito subjetivo del delito de DESOBEDIENCIA, este viene dado cuando el funcionario, empleado, agente de autoridad o autoridad pública, sabe que debe cumplir la sentencia o mandato de un superior dictada dentro del ámbito de las competencias de éste, y se niega a cumplir de forma expresa. El no querer realizar la orden dada por la autoridad competente debe constituirse en un elemento que depende del sujeto activo, puesto que si nos encontramos ante un no cumplimiento por la imposibilidad de ejecutar la orden, faltará el elemento subjetivo del tipo.

3. LAS DETENCIONES ILEGALES.

3.1. Presupuestos de las detenciones “legales”.

La función que desarrollan las autoridades encargadas de hacer cumplir la ley en una sociedad en la que prevalezca el Estado de Derecho, deberá estar enmarcada en las atribuciones que las leyes les confiere, quienes no pueden actuar fuera de los presupuestos que se les da. El tema de las detenciones ilegales nos lleva necesariamente a abordar la figura de la detención, la que se haya regulada de manera específica en materia procesal penal, en donde se regula bajo qué supuestos se puede dictar una medida privativa de derechos fundamentales como la libertad física. Es decir, que el concepto de ilegalidad de la detención se determinará sobre la base de cuáles son los supuestos en los que la detención es legal. O sea que lo ilegal serán aquellas restricciones a la libertad ambulatoria que no se encuentren dentro del ámbito de justificación de una detención⁵⁷³.

573 Otra exposición sobre tales presupuestos aparece en: Consejo Nacional de la Judicatura-Escuela de Capacitación Judicial: Ensayos No.1. Tres temas fundamentales sobre la fase inicial del proceso penal. San Salvador: Criterio, 1999. pp. 250-492.

3.2. El caso de la detención provisional.

La detención constituye una de las medidas cautelares de carácter provisional que puede ser realizada la Autoridad Jurisdiccional. Dicha medida requiere ciertos presupuestos para su adopción tales como: La concurrencia del “FUMUS BONI IURIS”, que constituye la apariencia de derecho para sustentar la probable participación del sujeto en la comisión del hecho delictivo, así como la existencia del delito. Este elemento lo encontramos claramente expresado en el contenido del Art. 292 CPP., que prescribe que para decretar la detención provisional del imputado deberá concurrir: 1º) “Que se haya comprobado la existencia de un hecho tipificado como delito; y que existan elementos de convicción suficientes para sostener razonablemente que el imputado es con probabilidad autor o partícipe”.

3.2.1. Existencia del delito.

El presupuesto antes relacionado, nos lleva a determinar que para restringir el derecho a la libertad deben existir probanzas sobre la existencia de un hecho delictivo, lo que debe ser sustentado en base a datos objetivos y no subjetivos como en la práctica suele suceder. La existencia del hecho punible se deberá verificar de acuerdo a cada delito, para lo cual se hace necesario conocer lo elemental sobre dogmática penal, esto es debido al control que le corresponde a la autoridad jurisdiccional o bien fiscal. En el caso de la autoridad policial, lo que se requiere es un conocimiento básico sobre las figuras delictivas, porque sería excesivo tener un conocimiento amplio sobre dogmática, es decir que el agente de autoridad debe cerciorarse que el hecho revista la apariencia delictiva, desechando aquellas conductas que a todas luces no son constitutivas de delito.

3.2.2. Participación delincuencia.

Por otro lado, para decretar una detención deben existir elementos de convicción que vengán a vincular al imputado de manera razonable con la autoría o participación en el delito. Esto significa que debe existir el sustento suficiente para dictar dicha medida, pues de lo contrario no estaremos ante una detención fundamentada, inobservando lo dispuesto en los Arts. 285 y 130 CPP., así como lo dispuesto en los Arts. 2 y 13 Inc.. 1º Cn.

3.2.3. Necesidad de fundamentación.

La aplicación de los presupuestos para decretar una detención no debe hacerse de forma mecánica, como suele suceder en la práctica, en la que usualmente se utilizan frases ya trilladas con las que se pretende justificar una detención sin relacionarse los elementos específicos del caso, lo que en determinadas ocasiones afecta la legalidad de la detención por falta de fundamentación y hace necesario el control por parte de la autoridad competente en cada momento procesal.



Sin embargo, para la configuración de la figura delictiva consignada en el Art. 290 CCP., que se refiere a la privación de libertad por funcionario o empleado público, agente de autoridad o autoridad pública, se requiere el sujeto activo de la misma realice el núcleo del tipo por cualesquiera de las modalidades siguientes: Realizar, Acordar, Ordenar o Permitir cualquier privación de libertad de una persona. Esto, visto desde el punto de vista objetivo podría configurarse, aunque luego se analice la verificación del elemento subjetivo del tipo, puesto que estamos ante una conducta eminentemente dolosa, en la que si estamos ante una autoridad pública como lo sería el funcionario judicial, éste debe de saber que está “realizando, acordando, ordenando o permitiendo la privación de la libertad de una persona”. Debe existir conocimiento y voluntad en la realización de las conductas requeridas, no siendo punible dicha conducta en forma imprudente, puesto que nuestro ordenamiento jurídico mantiene un sistema de “*numerus clausus*” para los delitos culposos, que podría ser lo que sucede en la práctica cuando nos encontramos ante detenciones efectuadas de forma ilegal o fuera de la ley, dadas por autoridades públicas.

3.2.4. El peligro de la demora.

Como otro presupuesto para la adopción de la detención, debe considerarse la existencia del denominado “*PERICULUM IN MORA*”, que está referido a la concurrencia de un concreto peligro justificado legalmente como legitimador de la privación de libertad. Esto se debe a que la detención no constituye un fin en sí misma, sino que es una medida de carácter instrumental, orientada a evitar el riesgo de fuga del imputado, puesto que, de no tenerse la persona física de éste, se hace ilusorio el juicio, ya que nuestro sistema demanda la presencia del imputado, al no ser posible el juzgamiento en REBELDIA. De igual forma está justificado dicho presupuesto en el peligro de ocultación de medios probatorios que pueda hacer el imputado o la manipulación de las pruebas en aquellos casos en los que el procesado se encuentra en una situación de poder que le hace fácil afectar un medio probatorio que lleve la convicción al juzgador.

Dentro del presupuesto del *PERICULUM IN MORA*, también se dice que quedaría contenido el riesgo de la reiteración delictiva del imputado, aunque sobre este punto debe señalarse que el Estado con su poder punitivo, debe hallarse en la capacidad de prevenir la delincuencia y no es posible hacer de manera hipotética un juicio predictivo de forma apriorística que el encartado vaya a cometer otros hechos delictivos. También es cuestionable sustentar una detención en el criterio de la alarma social, puesto que en la actualidad puede producirse cierta conmoción social de manera artificial, cuando un hecho es de interés para los medios de información.

Este presupuesto se encuentra contenido en el Art. 292 CPP., en su número dos, al señalar que para decretar la detención del imputado debe cumplirse: “que el delito tenga señalada pena de prisión cuyo límite máximo sea superior a tres años, o bien que aun cuando la pena sea inferior considere el Juez necesario la detención provisional, atendiendo las circunstancias del hecho, la alarma social que su comisión haya produ-

cido o la frecuencia con que se cometan hechos análogos o si el imputado se hallare gozando de otra medida cautelar.”

3.3. La detención ordenada por el fiscal.

Como se señaló en párrafos anteriores, la detención puede ser ordenada por el Fiscal según lo permite el Art. 289 CPP., quien deberá ordenarla sobre los mismos presupuestos que se acaban de expresar. En el nuevo proceso penal el Fiscal, dado el poder coercitivo que le confiere la ley, así como la defensa de la legalidad que la Constitución le da, hace que este representante del Estado formule sus resoluciones relativas a detenciones de forma motivada, puesto que el restringir derechos fundamentales debe constituir una actividad de gran excepcionalidad que demanda responsabilidad para aquella persona que lo realiza. Al no cumplirse con la legalidad que requiere el acto, debe traer consecuencias como la comisión de un hecho punible, toda vez que estemos ante una conducta de carácter doloso, en la que, como se dijo anteriormente, exista conocimiento y voluntad en la realización del acto privativo de libertad fuera del marco legal. Obviamente que al realizar un acto privativo de la libertad basado en las competencias que la ley señala, no estará el representante fiscal realizando un acto ilícito, al configurarse una excluyente de responsabilidad penal.

La detención que puede ordenar el representante fiscal es de carácter provisionalísima ya que el imputado, una vez aprehendido, deberá ser presentado ante el Juez competente dentro del término de las setenta y dos horas para que de esta forma, el juzgador controle la legalidad del acto realizado por el fiscal.

3.4. La detención en flagrancia.

Por otra parte, nuestro sistema procesal regula, en el Art. 288 la detención en “Flagrancia”, la que puede dar lugar, al no cumplirse los supuestos señalados en la ley, a una detención ilegal. Por ello es importante delimitar el campo de aplicación de dicha institución. De la lectura del Art. 288 CPP., se extrae que nuestro sistema procesal no solamente comprende en la flagrancia el momento preciso de la comisión del hecho delictivo, sino también, el momento antes y después del delito, es decir la pre-flagrancia y la pos-flagrancia, lo que constituye un mecanismo tendente a potenciar una mayor efectividad en la persecución del delito, lo que puede generar en muchos casos afectación al derecho de la libertad ambulatoria y con ello, a limitar la garantía en beneficio de la efectividad, lo que nos lleva a la necesidad de controlar las detenciones en flagrancia. Esto, sin desconocer los principios fundamentales que deben aplicarse cada vez que se limiten derechos fundamentales como son los contenidos en el Art. 17 CPP, que demandan una aplicación restrictiva a todas aquellas disposiciones que coarten la libertad personal. También en el Art.- 6 CPP., que determina que no podrá restringirse la libertad personal, sino en los casos establecidos en la ley. De igual forma, el Art. 130 CPP. que contiene la obligación de fundamentar las resoluciones judiciales. Pero todo esto, como es lógico pensar, corresponde a un momento posterior a la detención en flagrancia, la que es ejecutada de forma directa por la policía, o bien, por cualquier persona, que está



en la obligación de poner al detenido a la orden de la autoridad respectiva, por lo que procederemos a analizar el contenido del precepto de la flagrancia, a fin de determinar precisamente hasta dónde se está en una detención legal.

El Inc. tercero del Art. 288 CPP., prescribe que: “Se considera que hay flagrancia cuando el autor del hecho punible es sorprendido en el momento de intentarlo o cometerlo, o inmediatamente después de haberlo consumado o cuando sea sorprendido con objetos o elementos con los cuales se ha cometido el delito o cuando se le persiga por las autoridades o por particulares”. De la disposición transcrita se extrae que la ley considera que hay flagrancia en los supuestos que prescribe, en donde cabe resaltar cuando señala “... el momento de intentar cometer un delito...”, lo que constituye la denominada pre-flagrancia y que puede generar graves problemas para los agentes de autoridad, quienes podrían actuar deteniendo a una persona basados en aspectos eminentemente subjetivos. Para clarificar el contenido de la expresión “intentar”, debemos decir que debe existir una base objetiva que justifique la intervención de la autoridad hasta el punto de ejecutar una detención.

Para la pre-flagrancia deben perfilarse ciertas circunstancias que permitan establecer de forma inequívoca o racional que una persona intenta cometer un delito, puesto que de lo contrario estaremos ante una simple sospecha o bien sancionando actos preparatorios que pudieran ser de carácter impunes. Es decir que para proceder a la detención, debe tenerse claridad que ya se está ante actos ejecutivos de un delito, es decir, ya se ha dado comienzo por actos directos y apropiados para lograr la consumación del hecho punible. De no ser así, se estaría prediciendo sobre la esfera interna de la persona, lo que no corresponde al Derecho Penal democrático.

Existen algunos delitos en los cuales no se puede diferenciar entre la acción y el resultado, los cuales pueden dar mayores problemas para determinar el momento en que el autor se dispone a intentarlo, puesto que se dice que en estos casos no existe la tentativa. De esta forma, puede afirmarse que tales supuestos no estarían comprendidos dentro de la pre-flagrancia. Como se comprenderá, el contenido del Art. 288 CPP., en cuanto a la pre-flagrancia considerada en el mismo como flagrancia, es sumamente criticable, porque se pueden reprimir actos preparatorios impunes, así como la simple intención puede llevar a detener a una persona sin que su conducta se haya materializado en actos concretos. Es por ello que autores como Carlos Climent Durán señalan: “... es muy difícil fijar el límite mínimo a partir del cual puede estimarse que una persona tiene intención de cometer un delito y que además, va a cometerlo en el mismo momento en que la detención se practica. Se trata de una cuestión fáctica para la que no hay reglas fijas y en la que inevitablemente el sentido común jugará un papel importantísimo.”⁵⁷⁴

574 Climent Durán Carlos. Detenciones Ilegales Policiales, pag. 90 Tirant Lo Blanch Monografías. Valencia, 1998.

El propósito de amplificar la flagrancia en la disposición transcrita es con la finalidad de impedir la realización de delitos cuando sea de manera evidente y objetiva su exteriorización. Es decir, que no exista duda que se va a cometer un delito y no pretender aplicar una detención cuando no hayan existido actos concretos e inequívocos, puesto que, de aplicarse de forma indiscriminada con el afán de privar a una persona de su libertad, nos encontraríamos ante una detención ilegal.

Con relación a la flagrancia propiamente dicha, esta se configura en el momento que se está realizando la comisión de un hecho delictivo, o sea cuando se está ante la presencia de un hecho punible que requiere una pronta intervención de parte de la autoridad judicial o del particular. Sobre este punto, Luis Fernando Rey Huidobro, tomando jurisprudencia del Tribunal Constitucional Español, señala las notas siguientes para la flagrancia: "1º- Como nota sustantiva, exige una temporal de inmediatez, esto es, que la acción delictiva se esté desarrollando o acabe de desarrollarse en el momento en que se sorprende o percibe; y otra, personal, cual es que el delincuente se encuentre en el lugar del hecho en situación o relación con aspectos del delito (objetos, instrumentos, efectos o evidencias materiales del mismo) que proclamen su directa participación en la ejecución de la acción delictiva. 2º- A estas notas materiales deberán agregarse otras dos de orden adjetivo integradas por la percepción directa y efectiva (nunca meramente presuntiva o indiciaria) de aquellas condiciones antes dichas; así como la necesidad urgente de la intervención, urgencia que si bien va normalmente unida a las situaciones de flagrancia (como medio de evitar ya la consumación del delito que se está cometiendo, ya el agotamiento del que se acaba de cometer, ya la desaparición de los efectos y huellas del delito que se está percibiendo directa y sensorialmente), ha de valorarse en función del principio de proporcionalidad, evitando intervenciones desmedidas o lesiones de derechos desproporcionadas respecto al fin con ellas perseguido."⁵⁷⁵

En los delitos relativos a las drogas, usualmente los investigadores de la División Antinarcóticos de la Policía Nacional Civil, con ocasión de las requisas que efectúan a personas que presentan actitudes sospechosas les incautan droga que habilita proceder a la detención en virtud de estarse cometiendo un delito de forma flagrante. Esto es así porque los hechos punibles referentes a las drogas se dice que son flagrantes. Sin embargo, existen algunos casos en los que hay dificultad porque no se está ante hechos tan evidentes como en el caso de una tenencia de droga, como es el supuesto analizado por la jurisprudencia española, en donde se expresa "que los funcionarios policiales sintieron un olor a hachís que salía de un lugar destinado a reuniones, debido a que en el interior se estaba consumiendo esta sustancia, entraron en el mismo, lo registraron e intervinieron la sustancia estupefaciente a los ocupantes, por lo que la entrada fue

575 Rey Huidobro, Luis Fernando, El Delito de Tráfico de Drogas Aspectos Penales y Procesales. Pag. 378 y 379. Tirant Lo Blanch, Valencia 1999.



ilícita, ya que no se pudo percibir la comisión de un delito puesto que el consumo compartido de drogas en lugar cerrado es penalmente atípico.⁵⁷⁶ Sin embargo la Sala Segunda del Tribunal Supremo Español ha determinado la existencia de delito flagrante en los siguientes casos: “Cuando la droga que se interviene se tira a la calle desde el inmueble y es recogida por uno de los policías que se habían quedado en actitud de vigilancia, o se procede a arrojar distintas bolsas de heroína desde una de las ventanas de la vivienda, con lo que la figura del delito flagrante sirvió de evidente legitimador de la intervención policía.”

Puede afirmarse que la noción del delito flagrante es muy variable dependiendo del hecho delictivo con el que se ponga en relación y de allí que deben considerarse los parámetros que se apuntaron al inicio: la percepción evidente en la comisión del delito así como la necesidad urgente de actuación del órgano policial. Cada vez que se van a limitar derechos fundamentales como la libertad o la morada debe hacerse solo en caso que se trate de un acto inevitable. De lo contrario, el acto puede traer consecuencias negativas para el debido proceso o en algunos otros casos, responsabilidad de carácter penal para aquellos que de forma consciente afecten derechos de las personas.

Continuando con el análisis del inciso segundo del Art. 288 CPP., se determina que también es considerado flagrante el delito inmediatamente después de haberlo consumado, por lo que se justifica la detención del autor del delito, lo que nos lleva a delimitar la noción de “inmediatamente después”. Según el Diccionario Enciclopédico Ilustrado Océano I, lo inmediato es “lo contiguo o muy cercano”. Significa esto que estamos ante una proximidad al momento de la realización del hecho delictivo, dicho en otras palabras, se acaba de desarrollar el delito, que vendría a constituir el elemento temporal requerido en la flagrancia.

El Decreto Legislativo número 450 que contenía el Código Procesal Penal derogado, regulaba “Que no se tendrá por In Franganti si hubieren transcurrido veinticuatro horas después de la perpetración del delito”, lo que constituía un parámetro que en múltiples oportunidades fue considerado de forma aislada a otros elementos de convicción de carácter objetivo, lo cual daba lugar a detenciones injustificadas. Fue por ello que en el mismo código derogado se reformó el Art. 242 inciso segundo, dando únicamente pautas de carácter general, sobre lo que se consideraba delito flagrante.

El elemento temporal de inmediatez es uno de los parámetros que deben considerarse, porque existen otros como lo es el elemento personal que viene dado cuando el delincuente se encuentre en el lugar del hecho en relación a objetos del delito. Además, se agrega la percepción directa y efectiva del hecho delictivo, así como la necesidad urgente de la intervención de la autoridad. Solamente de esta forma puede

576 I-80. Ibidem. Pag. 379

interpretarse la detención de manera congruente con los principios que se han señalado al inicio. Sin embargo, en algunas resoluciones dadas por la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia se le da gran preponderancia al elemento temporal, como en las siguientes resoluciones: "Cuando consta que el imputado fue capturado una hora con cuarenta y cinco minutos después de haber sucedido los hechos, lo que es lógico (según la Sala) que ese espacio existente entre la comisión del hecho delictivo, la interposición del aviso y la captura del imputado son situaciones de continuidad entre la captura y la comisión del hecho delictivo, debiendo considerarse la captura en flagrancia" Otra sentencia expresa que: "... consta en el acta de persecución que los imputados fueron capturados aproximadamente tres horas después de haber sucedido los hechos, lo que es lógico, pues en ese espacio existente entre la comisión del hecho delictivo, el aviso, la persecución y la captura de los imputados son situaciones de continuidad y la captura y la comisión del hecho delictivo, debiendo de considerarse en este caso la captura en flagrancia".

3.5. El Art. 290 No. 3 CPP.

De la lectura del Art. 290 no.3 CPP. en forma aislada, podría pensarse que se justifica la aprehensión por parte de la Policía de cualquier persona en cuyo poder se encuentren objetos de cuya tenencia se infiera que se ha cometido un delito o bien de que esos objetos hayan sido utilizados en la comisión de un ilícito. Sin embargo, esa lectura no es la correcta puesto que deben concurrir los supuestos que ya se dijeron arriba para que sea justificada la detención.

Dos son las razones que se dan para avalar la ampliación del concepto de flagrancia y su extensión hasta el de cuasi-flagrancia, según Carlos Climent Durán "... de un lado si es posible detener legítimamente a quien tan solo se propone o intenta cometer un delito, sin haberlo iniciado aun (pre-flagrancia delictiva), no hay inconveniente para parificar este caso al de la pos-flagrancia o cuasi-flagrancia, pues ambos se hayan a la misma distancia con respecto al concepto de flagrancia estricta, uno por defecto y el otro por exceso".

3.6. Reflexión final.

Retornando a nuestra tarea inicial de determinar cuándo existe una detención ilegal por parte de la policía, podemos contestar de forma categórica que dado que la figura delictiva contemplada en el Art. 290 CP. constituye una ley penal en blanco, es decir que debe ser completada con normas extra-penales como lo son las disposiciones del Código Procesal Penal que ya se abordaron, es ilegal la detención realizada inobservando los presupuestos dados para la detención. Finalmente, debe señalarse que la disposición antes citada no es de aplicación exclusiva para los agentes de autoridad, sino que también puede ser aplicada a funcionarios y empleados públicos. Acá se pueden incluir a los fiscales y a la autoridad pública, como lo son los jueces. De allí la importancia que revisten las privaciones de libertad que deben enmarcarse en la ley.



EL TRATAMIENTO PENAL Y PROCESAL PENAL DEL FALSO TESTIMONIO

Sergio Luis Rivera Márquez *

SUMARIO: 0. Introducción. 1. Bien jurídico protegido. 2. Tipo objetivo. 2.1. Conducta típica. 2.2 Sentido de la expresión falsedad. 2.3. Sujeto activo. 2.4. Autoridad competente. 2.5. Referencia del juramento. 3. Tipo subjetivo. 3.1. Dolo. 4. Fases de ejecución del delito. 4.1. Consumación. 4.2. Tentativa. 5. Excluyentes de responsabilidad penal. 5.1 Excusa absolutoria. 5.2. Otros casos de exclusión de la responsabilidad penal. 6. Participación. 7. ¿Desaparece el delito del falso testimonio si al rendirlo se comete un defecto que implique nulidad. 8. Las retractaciones de los testigos en el proceso penal. 8.1 Requisitos de las entrevistas a testigos. 8.2. La impugnación por manifestaciones anteriores. 9. Conclusiones.

0. INTRODUCCIÓN

El falso testimonio constituye un delito que en el devenir de la historia ha tendido a ser severamente castigado. En palabras de FARINACIUS⁵⁸⁵ este delito reunía en sí tres crímenes distintos: uno contra Dios, porque el falso testigo perjura su nombre; otro contra el Juez, quien es engañado por la falsa declaración y otro contra la persona objeto de la injusticia.

Los Códigos Penales de 1826, 1904, 1973 establecían variantes en la pena tomando en consideración el resultado de la sentencia cuyo testimonio ha sido tomado en consideración, como el tipo de materia del proceso en que se rendía el testimonio: civil o penal. El Código Penal vigente desde 1998 no establece tal diferencia.

1. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

Obviamente que la severidad antes referida obedece a que el testimonio influye en la determinación de los hechos, que a la vez ha de servir para decidir el derecho. Es natural que el Juez tenga que auxiliarse de medios de prueba entre los que el testimonio resulta fundamental. Siendo que la actividad judicial es la afectada, se señala a la Administración de Justicia como el bien jurídico en tutela. De lo anterior cabe derivar

* Presidente del Tribunal 6°. de Sentencia de San Salvador-Capacitador del Área Penal, ECJ

585 Citado por FRANCISCO CASTILLO en "EL DELITO DE FALSO TESTIMONIO", Editorial Juricentro, San José, Costa Rica, 1982, p. 17.

que el daño efectivo a un tercero no es parte del tipo penal, pues en realidad lo que produce la falsa declaración es una perturbación de la actividad jurisdiccional⁵⁸⁶.

Se comprende que tal perspectiva ha tenido sus variantes en la historia en tanto que en un momento determinado el delito se vinculó a la Teoría de lo Falso. En la Edad Media, como producto de la vinculación Iglesia-Estado, se castigaba el Falso Testimonio por el perjurio que contenía. Con la influencia de la Ilustración ello varió pues al perfilarse la separación Iglesia-Estado la consideración del bien jurídico se desvinculó de aspectos religiosos. Partiendo de lo anterior, la discusión se enmarcó en si con tal norma penal se protegían intereses privados o colectivos.

La tesis de la protección de los intereses privados tiene su fuente en el individualismo de los siglos XVIII y XIX, teniendo entre sus ponentes a Feuerbach. Esta postura no es aceptada pues el engañado es el Juez, por ende el Estado resulta lesionado en su derecho a emitir sentencias basadas en hechos y pruebas verdaderas, aunque mediatamente se lesione el interés particular.

La concepción del interés colectivo resulta dominante, pero en la misma existen diversas posiciones:

1) Delito contra la Fe Pública: (Mittermaier). El falso testimonio priva al Estado de fundamentar sus más importantes decisiones sobre la vida, honor y propiedad. Actualmente ya no tiene partidarios.

2) Delito contra la pureza de la prueba: el falso testimonio afecta la pureza del proceso probatorio con lo que se lesiona el bien jurídico administración de justicia. El falso testimonio es una falsedad como la documental. La diferencia entre el falso testimonio y la falsedad documental está únicamente en la diferencia del medio probatorio⁵⁸⁷.

3) Delito contra la Administración de Justicia. Von Litz: El Estado tiene derecho a exigir la verdad de las personas cuando actúa en interés del fin atribuido por la ley que implica la Administración de Justicia. El Estado está obligado a confiar en la veracidad de la deposición. Cuando ella es falsa, se pone en peligro la exactitud y la justicia de las decisiones judiciales. Hoy en día se considera la posición dominante, existiendo dentro de la misma corrientes: A) El Falso testimonio protege la Administración de Justicia, pero lo que se castiga es el engaño al

586 Así CASTILLO, op. cit. 31. RODRÍGUEZ DEVESA, JOSÉ MARÍA: "DERECHO PENAL ESPAÑOL", partes especial, novena edición, volumen II, Madrid, 1983, p. 972, "El fundamento del castigo del falso testimonio está en el peligro que acarrea que se pronuncien sentencias injustas. El perjurio causado al procesado es indiferente en este lugar".

587 Al respecto JUAN BUSTOS dice: "En cierto modo hay un cierto paralelismo, como ya vimos, con las falsedades, sólo que la falsedad de la declaración quedó circunscrita en cuanto a su trascendencia sólo al proceso", en "MANUAL DE DERECHO PENAL", parte especial, 2ª edición, Editorial Ariel, S.A., 1991, Barcelona, p. 358.



Juez que la falsa declaración produce. Se protege la dignidad del funcionario. B) El bien Jurídico es la Administración de Justicia entendida como función y no como institución, por ende no se protege a la justicia como conjunto de autoridades, sino la actividad de éstas. Vives Antón indica que el bien jurídico “*es el interés del Estado en el correcto funcionamiento de la Administración de Justicia*”⁵⁸⁸.

2. Tipo objetivo.

El Art. 305 CP. prescribe: “El que en declaración como testigo ante autoridad competente, afirmare una falsedad, negare o callare, en todo o en parte, lo que supiere acerca de los hechos y circunstancias sobre los cuales fuere interrogado, será sancionado con prisión de dos a cinco años. En la misma sanción incurrirán los peritos, intérpretes, traductores y asesores que actuando como tales ante autoridad afirmaren una falsedad u omitieren una verdad en sus manifestaciones...”.

2.1. Conducta típica.

En el plano doctrinario se sostiene que puede realizarse mediante acción u omisión. En la acción se afirma una falsedad o se niega la verdad, como cuando se expresa que no es cierto lo que es cierto, en la omisión el agente calla en todo o en parte la verdad. La omisión que constituye reticencia no debe confundirse con la negativa a declarar, pues ésta desemboca en el delito de DESOBEDIENCIA A MANDATO JUDICIAL, pues en éste no se induce a engaño al Juez a diferencia de lo que ocurre en la primera. La reticencia no puede circunscribirse a un no sé, pues ello ya constituye una afirmación, más bien consiste en omitir alguna información que se está obligado a decir, sin que se recurra a una afirmación acerca de que no se sabe algo. El silencio se ubica en el marco de la reticencia cuando él equivale a la expresión de un hecho positivo, contrario a la verdad y susceptible de inducir a error. La esencia del falso testimonio es la obligación de decir verdad sobre puntos relativos al Thema Probandum, que se dice existe aun sin ser preguntado sobre tales puntos.

Consideramos que el tema de la comisión del delito de falso testimonio mediante omisión es un problema en nuestro sistema, pues con la reforma del Art. 348 CPP se le releva al testigo de la obligación de relatar, por lo que su información es impulsada por medio del interrogatorio de las partes y jueces.

588 “DERECHO PENAL (PARTE ESPECIAL)”, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, p. 735. En el mismo sentido CREUS, CARLOS: “DERECHO PENAL”, parte especial, Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, Buenos Aires, 1992, p. 344.

En atención a las ideas expuestas el campo de la discusión en torno a la comisión por omisión quedaría vinculado al caso de las preguntas narrativas⁵⁸⁹ o las abiertas, en las que por la extensión de la respuesta puede quedar evidenciada la intención de ocultar parte de la realidad.

El testimonio constituye la deposición del testigo sobre su percepción de los hechos, es decir, sobre acontecimientos pasados o presentes; sobre circunstancias del mundo exterior; sobre circunstancias pertenecientes a la interioridad de las personas. Consecuentes con lo dicho podemos afirmar que el testigo no está obligado a decir más que lo que se le pregunta. En otro orden de ideas cabe decir que no tiene el testigo la obligación de hacer conclusiones correctas de tipo jurídico. O conclusiones que por ejemplo, tales hechos demuestran perversidad o inmoralidad de su autor⁵⁹⁰. Si se declara con términos semejantes, en tales supuestos, no se comete falso testimonio.

El daño a tercero no es parte del tipo, pues como antes se indicó al analizar el bien jurídico la afectada en este delito es la administración de justicia como función y por ende, basta el peligro concreto a ésta para la ocurrencia del tipo objetivo.

2.2. Sentido de la expresión "falsedad".

Ha sido discutible en la doctrina en cuanto a qué debe entenderse como falsedad. Al respecto hay varias posiciones doctrinarias:

A) TEORÍA OBJETIVA. Es falsa la declaración que no concuerda realmente con su objeto por ende difiere de la realidad, sin que importe la representación que tenga el declarante sobre la verdad objetiva. Pero si se trata de hechos interiores del declarante es determinante el conocimiento subjetivo del declarante: convicciones, impresiones personales (dolor, belleza, velocidad). Sólo hay tipicidad cuando el dicho se aparta de la verdad objetiva, pues sólo así se pone en peligro el bien jurídico. De ahí que si el testigo dice la verdad pensando que miente no hay delito: delito imposible para unos, atipicidad para otros. Si el testigo declaró contrario a la verdad convencido de que

589 Preguntas narrativas son aquellas que exigen una respuesta narrativa, por ende "imponen poca estructura a las respuestas, e invitan a los testigos a describir con sus propias palabras los hechos. Tanto las preguntas narrativas como las preguntas abiertas permiten que los testigos respondan con sus propias palabras. La principal diferencia entre ellas es que una pregunta narrativa en su forma típica pide al testigo que describa una serie de hechos que se desarrollaron en el curso del tiempo, y en cambio una pregunta abierta generalmente limita al testigo a la descripción de un solo hecho", BERGMAN, PAUL en LA DEFENSA EN JUICIO, traducción de la 2a edición de 1989, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1995, pp. 81-82.

590 Como cuando la testigo afirma que porque una mujer sostiene relaciones sexuales con su marido es prostituta. Vista objetivamente la situación, es evidente que el calificativo no será, por ese sólo hecho, adecuado.



decía la verdad en el marco de la Teoría Estricta de la Culpabilidad se dirá que actuó bajo error de tipo. Para CASTILLO⁵⁹¹ ello no hace desaparecer el carácter típico y antijurídico aunque deba considerarse a la hora de definir la culpabilidad.

B) TEORÍA SUBJETIVA. La declaración es falsa cuando no concuerda con lo sabido por el agente, de ahí que si se afirma algo verdadero queriendo afirmar una falsedad se comete delito de Falso Testimonio. Si declara lo que sabe, aunque no concuerde con lo realmente acaecido no hay falso testimonio. Se discute cuál es el conocimiento requerido para establecer la veracidad de la declaración, si el actual o aquél que adquirió el testigo en el momento de los hechos: GALLAS: del momento de la declaración; CASTILLO: lo vivido por el testigo al momento de los hechos.

CASTILLO se inclina por la teoría subjetiva. El testigo debe declarar lo que sabe sobre el tema probatorio. La administración de justicia no se lesiona si el testigo o perito no dicen la verdad objetiva -que no siempre es posible alcanzar- sino cuando ellos dicen cosas distintas a la sabida porque en tal hipótesis se induce, en concreto a error a las autoridades judiciales⁵⁹². VIVES ANTÓN pregona por una postura mixta considerando que se da el falso testimonio cuando hay discordancia entre lo declarado y la realidad, y además, con las representaciones subjetivas del testigo o perito⁵⁹³.

Para nosotros, a los efectos de determinar el tipo objetivo del delito basta comparar la realidad con lo declarado, de ahí que si hay diferencia se perfila; el conocimiento de la realidad es parte, pero del tipo subjetivo, afectando por ende al dolo⁵⁹⁴. Es importante considerar que es en el plano del causalismo donde la polémica tiene mayor relevancia, pues como producto de la perspectiva de análisis que realizan respecto de la acción, ubican al dolo en la culpabilidad y discuten si al definir el tipo se requiere el conocimiento de la falsedad. En el ámbito del finalismo estimamos que no hay problema, pues al ubicar al dolo en el tipo, es fácil descartar la tipicidad cuando el sujeto activo mentía pensando que decía la verdad.

591 CASTILLO, op. cit. p. 47. Sin embargo debe considerarse que el autor en una obra nominada "EL DOLO", Juritexto, 1ª edición, San José, Costa Rica, 1999, pp 15, 78, replantea sus ideas pues considera a tal elemento como parte del tipo y no de la culpabilidad, aspecto que ha de obedecer a que las obras fueron escritas con dieciocho años de por medio.

592 CASTILLO, op. cit. p. 50. SEBASTIÁN SOLER, "DERECHO PENAL ARGENTINO" t. V, Tipografía Editora Argentina, Buenos Aires, Argentina, 1978 "El relato no se torna falso, no se puede calificar como falso, por su posible discrepancia con los hechos, sino por su discordancia con las percepciones de los hechos"... "la falsedad es la discrepancia entre los hechos referidos y los sabidos" p. 233,

593 Op cit. p. 375.

594 En ese sentido MUÑOZ CONDE, FRANCISCO: "DERECHO PENAL (PARTE ESPECIAL)", undécima edición, Tirant lo Blanch, valencia, 1996, p. 802.

2.2.1. Relevancia social de la "falsedad".

El desarrollo de un testimonio puede revelar distintos tipos de afirmaciones falsas, de ahí que es importante determinar si cualquier mentira puede satisfacer la descripción típica. Al respecto existen diversas posturas:

A) Falta de tipicidad de las mentiras referentes a hechos no pertenecientes al "*Thema Probandum*". Algunos doctrinarios sostienen que sólo a este respecto existe obligación de decir verdad, si no forma parte de ello hay atipicidad. En lo civil se refiere a las preguntas formuladas. Para nuestro sistema procesal penal, tomando en consideración la eliminación de la técnica del relato, consideramos que el *thema probandum* surge del interrogatorio de las partes y del juez. Es discutible en el marco de esta postura si los datos de identificación son parte del *thema probandum*:

1. Una vertiente contesta que sí, porque se trata de información dada en el marco de la obligación de decir la verdad, derivada del juramento.
2. Otra corriente estima que no, pues tales datos no son considerados parte de la declaración y además se refiere a hechos propios y no ajenos.
3. Una tercera corriente estima que si no tiene relevancia en los hechos no; pero en casos en que tales datos influyan en los hechos esenciales sí. Por ejemplo, en la violación en que se afirme edad o relación de parentesco con el imputado, circunstancia que puede influir en la magnitud de la pena.

B) Falta de tipicidad de las mentiras referentes a puntos no esenciales. En este caso la falsedad se refiere a un aspecto accesorio, como cuando el testigo dice que vio el hecho cuando regresaba del cine, cuando en realidad venía de la casa de su amante. Precisa decir que en los sistemas en que impera la técnica del relato, en el Falso Testimonio por reticencia no todo silencio puede fundar la punición, pues a nadie se le puede exigir que relate un acontecimiento de modo completo o total, sin omitir puntos secundarios. Doctrina y jurisprudencia alemana no distinguen entre puntos esenciales y secundarios, pues: el Falso Testimonio es delito de peligro; la ley no distingue; y la diferencia puede propiciar que se alegue error en la esencia del punto. Para SOLER⁵⁹⁵ "lo importante es que la falsedad recaiga sobre alguno de los hechos principales o accesorios, que puedan positiva o negativamente contribuir a la formación del juicio del Juez." De ahí que concluya que "esencial es todo lo que puede influir en el pronunciamiento". Los contrarios proponen que el carácter no esencial sea atenuante.

Para CASTILLO⁵⁹⁶ no son típicas aquellas falsedades que por no influir en la valoración del Juez sobre las pruebas de los hechos del "*Thema Probandum*", no tienen

595 Op. cit. P. 235.

596 Op. cit p. 55-56.



influencia en la decisión del asunto⁵⁹⁷. De lo anterior se afirma que es un delito de peligro concreto. Preliminarmente, podríamos afirmar que la información falsa para ser típica debe recaer en hechos o circunstancias que puedan alterar la comprensión en quien los estime con fines decisorios, quedando por fuera aquellas falsedades relativas a circunstancias que no puedan influir en aquel juicio. Indicar el carácter no esencial de una afirmación como supuesto de exclusión de la tipicidad podría ser una opinión muy apresurada. Hemos de decir que el Juez valora dos aspectos: tanto al testigo en sí como a su testimonio. Por ello, la mentira de un testigo en un punto no esencial, puede ser un factor determinante para dudar de su credibilidad, aun cuando en los puntos esenciales diga la verdad. Por ende, con una mentira sobre puntos no esenciales el testigo puede inducir al Juez a apartarse de su testimonio, aunque en la parte esencial de éste diga la verdad; de ahí que consideramos aceptable la posición de SOLER.

2.3. Sujeto activo.

El sujeto activo puede ser quien tenga la calidad de testigo, perito, intérprete, traductor. Por lo anterior, CASTILLO⁵⁹⁸ dice que el Falso Testimonio es una norma penal en blanco en tanto que el legislador condiciona la existencia del ilícito a obligaciones procesales que, desde el punto de vista lógico, anteceden a la punición. Aquí se sanciona el incumplimiento de obligaciones jurídicas de otras ramas del ordenamiento.

2.3.1. Testigo.

Es quien depone sobre hechos ajenos, que le constan. En general, las partes no pueden serlo ya que nadie puede ser testigo en hechos propios. La víctima es parte en el aspecto civil, pero en la relación procesal penal puede tener la condición de testigo, Art. 100 CPP; por ende puede tener la calidad de sujeto activo del delito de Falso Testimonio. El Imputado no puede ser testigo; no puede ser obligado a decir verdad, no es sujeto activo del falso testimonio. No obstante lo anterior, es importante determinar en qué situación jurídica queda aquella declaración falsa dada por una persona como testigo antes que se le adjudicara la calidad de imputado.

Sobre ello existen dos teorías: 1) Teoría Formal. Si declaró como testigo mintiendo, hay falso testimonio. 2) Teoría Material. Para esta teoría el imputado que mintió cuando declaró como testigo no comete falso testimonio, caso contrario implica ubicarlo en una posición desventajosa, valga decir sin alternativa, pues debería mentir en el proceso para encubrir su anterior delito y a la vez hacerse responsable del falso

597 En el mismo sentido dice BUSTOS: "La declaración falsa ha de afectar lo sustancial del proceso, es decir, tiene que estar en relación con la capacidad probatoria del testimonio o peritaje" op. cit. P. 358.

598 Op. cit. pp. 55-56.

testimonio o decir la verdad y confesar su participación en el delito investigado o en el conexo. Esta teoría es respetuosa del derecho de abstención del imputado. La condición de testigo en sentido material es un elemento del tipo penal, la que no tiene el imputado aunque declare como testigo⁵⁹⁹.

Tampoco hay falso testimonio en la declaración mentirosa de un imputado con relación a los hechos atribuidos al coimputado, pues en todo caso lo importante es la calidad procesal que se desempeña en un proceso. Distinto es el caso cuando el sujeto ha sido absuelto o sobreseído por resolución firme en que nada se opone a que pueda asumir la condición de testigo con relación a los hechos de la causa y que afectan a terceros. La cosa juzgada le quita al sujeto la condición de imputado.

Importante es considerar el caso del testigo de la corona, valga decir quien a los efectos de gozar de los efectos de un criterio de oportunidad⁶⁰⁰ declara contra los demás procesados. Si partimos del supuesto que el co-imputado dispone acogerse al criterio de oportunidad es porque al declarar en el juicio, no depone como imputado sino como testigo, pues la acusación en el juicio se supone que no se dirige en su contra. En tal ámbito podríamos decir que en términos formales ha de declarar de la forma en que lo hace el testigo. Sin embargo, a pesar de que formalmente declara como testigo pues el juicio no se celebra en su contra, a los efectos del proceso en que depone tiene materialmente la condición de imputado, pues sigue latente la posibilidad que el mismo pueda seguir tramitándose en su contra. Consecuentes con lo expuesto, a primera vista entenderíamos que la falsedad externada únicamente tendría sus repercusiones en cuanto a no gozar del beneficio de la extinción de la pretensión punitiva, y por no ser materialmente sujeto activo del delito de falso testimonio quien todavía tiene la calidad de imputado. La conducta no reúne los requerimientos del tipo objetivo.

599 CASTILLO, op. cit. p 59.

600 "OPORTUNIDAD DE LA ACCIÓN PÚBLICA.

Art. 20.- En las acciones públicas, el fiscal podrá solicitar al juez que se prescinda de la persecución penal de uno o varios de los hechos imputados, respecto de uno o algunos de los partícipes o se limite a una o algunas de las calificaciones jurídicas posibles, en los casos siguientes:

2) Cuando el imputado haya realizado cuanto estaba a su alcance para impedir la ejecución del hecho o haya contribuido decisivamente al esclarecimiento de la participación de otros imputados en el mismo hecho o en otro más grave."

"Art. 21.....Sin embargo en el caso del numeral 4 del artículo anterior, sólo se suspenderá el ejercicio de la acción pública hasta que se dicte la sentencia respectiva, momento en el que se resolverá definitivamente sobre la prescindencia de la persecución penal. Si la sentencia no satisface las expectativas por las cuales se suspendió el ejercicio de la persecución, el fiscal solicitará la reanudación del trámite".



2.3.2. Testigos de actuación.

No quedan incluidos los testigos de actuación o de conocimiento, es decir los que desarrollan actividad contralora en la documentación de algunos actos jurídicos⁶⁰¹. De ahí que más bien quedarían incluidos en las falsedades documentales (falsedad ideológica). Debemos entender que lo anterior está referido al momento de la confección del documento, pues si el testigo de actuación posteriormente es llamado a rendir declaración judicial, ya ingresa en el ámbito de los posibles sujetos activos del delito. Debemos advertir que los testigos de conocimiento, valga decir los que judicialmente identifican a un testigo que no porta documento de identidad, sí puede cometer falso testimonio al dar fe de una identidad falsa. En cuanto a los testigos que firman un acta de registro para el caso, cometerían el falso testimonio en la medida en que depongan en el juicio oral o en cualquier otra fase del proceso, de ahí que en tanto no sean llamados a declarar no pueden ser sujetos activos del delito.

2.3.3. Peritos.

Es quien posibilita al Juez la concreta valoración de los hechos y circunstancias establecidas en el proceso penal porque posee los conocimientos de una rama del saber (ciencia o técnica) que el Juez no posee, pero que el Juez necesita para resolver concretamente el asunto pendiente⁶⁰². Los peritos de parte o consultores técnicos, ya que son nombrados por las partes no cometen Falso Testimonio, aunque podrían cometer el de Patrocinio Infiel⁶⁰³. En cuanto al perito, precisa decir que la acción u omisión lo es a través de su deposición, no de un informe. El código sólo se refiere a declaración.

En otras legislaciones el informe queda comprendido en el Falso testimonio, pues la redacción así lo indica.⁶⁰⁴. De ahí que en nuestra realidad, al no incluirse la

601 SOLER, SEBASTIAN: T. V, p. 230-231

602 CASTILLO GONZÁLEZ, FRANCISCO: "POSICIÓN DEL PERITO EN EL PROCESO PENAL COSTARRICENSE", en Revista de Ciencias Jurídicas, No 34, Universidad de Costa Rica, Facultad de Derecho-Colegio de Abogados, San José, enero-abril, 1978, pp. 51-52.

603 Art. 314 CP.

604 Para el caso el Art. 314 del Código penal de Costa Rica prescribe: "Será reprimido con prisión de uno a cinco años, el testigo, perito, intérprete o traductor que afirmare una falsedad o negare o callare la verdad, en todo o en parte, en su deposición, informe, interpretación o traducción, hecha ante autoridad competente.—", en el mismo sentido está redactado el Art. 318 del Proyecto de Código Penal costarricense; por su parte el Art. 385 del Código Penal de Honduras se redacta así: "El testigo, perito o intérprete que en su deposición, informe, traducción o interpretación, hecha ante autoridad competente, falsee total o parcialmente la verdad o silencio, será sancionado con reclusión de tres a cinco años".

falsedad mediante informe en el falso testimonio, aquella quedaría comprendida en el marco del delito de FRAUDE PROCESAL o FALSEDAD IDEOLÓGICA⁶⁰⁵.

2.4. Autoridad competente.

La recepción del testimonio corresponde a aquella autoridad facultada para recibir declaraciones testimoniales o periciales, interpretaciones o traducciones de manera oral a fin de resolver un conflicto de carácter jurídico. De ahí que si la realización del mismo obedece a otra finalidad (peritaje para decidir sobre una opción técnica en una obra pública) la falsedad puede ser perseguida por otras figuras, pero no por el falso testimonio⁶⁰⁶.

Para CASTILLO, a los efectos del FALSO TESTIMONIO, por autoridad debe entenderse “cualquier órgano incluido dentro de la administración estatal independiente de la persona de su titular, que tiene la tarea de actuar para la realización de los fines estatales, bajo propia decisión y en ejercicio del poder estatal”⁶⁰⁷. En contra de lo anterior LUIS RUEDA, comentando nuestro Código Penal, sostiene que “Las declaraciones preprocesales o las realizadas ante autoridades administrativas no pueden dar lugar a este delito... la norma se dirige a reprimir el testimonio ante autoridad judicial”⁶⁰⁸. A nuestro juicio es necesario que esa autoridad realice en concreto materialmente la función jurisdiccional de cualquier materia⁶⁰⁹ y que recolecte pruebas en el ejercicio de tal función. En esto queda por supuesto, incluida la actividad por delegación de la autoridad competente, para la decisión del proceso⁶¹⁰. Involucra autoridades judiciales, administrativas, parlamentarias. En algunos casos autoridades judiciales,

605 El Código Penal Español en el Art. 459 de manera expresa lo contempla, pero en una disposición legal distinta del falso testimonio, indicando que se le aplican las penas del falso testimonio, sin que per se indique que es un caso de falso testimonio. En el mismo sentido regulaba la situación el Código Penal Salvadoreño de 1974, Art. 465 CP. bajo el nomen iuris PERITACIONES E INFORMES FALSOS, no contemplándolo como caso de falso testimonio.

606 Así CREUS, p. 345.

607 CASTILLO, pp. 40, 67.

608 En “CÓDIGO PENAL DE EL SALVADOR (COMENTADO)”, Cooperación Española-Corte Suprema de Justicia de El Salvador, agosto, 1999. Debe observarse que la literatura española llega a la conclusión de RUEDA, pero ello tiene el debido sustento en que el Código español vigente al describir la figura del FALSO TESTIMONIO refiere a “Causa judicial”, “FALSO TESTIMONIO.—Art. 458.1. El testigo que faltare a la verdad en su testimonio en causa judicial, será castigado con las penas de...” Esta formulación del tipo penal no es igual a la de nuestro código.

609 SOLER, T V, p. 230.

610 CASTILLO, p. 67.



diplomáticas o consulares extranjeras⁶¹¹. No se incluyen a aquellos particulares a los que se les encomiendan funciones públicas: notarios, árbitros, amigables componedores⁶¹².

CASTILLO⁶¹³ dice que no se incluyen las rendidas ante la policía pues esos testimonios están en función de la labor investigadora previa al proceso y no se conducen por ello a una decisión final. En igual sentido VIVES ANTÓN,⁶¹⁴ pero agrega que el delito puede surgir cuando un testigo presta testimonios contradictorios en el sumario y en el juicio oral. Además, menciona que la doctrina sostiene que la falsa debe rendirse en el juicio oral para estimar configurado el delito. Bajo las ideas expuestas si bien la tipicidad no se circunscribe a las autoridades judiciales, debe estimarse que la “autoridad” tiene que ser competente, ya que si no lo es, el acto es atípico aun cuando genere sus efectos sin previa declaratoria de nulidad, pues la calidad de competente es parte del tipo.

2.5. Relevancia del juramento

La falta de juramento no excluye el delito. El juramento surge como una institución de naturaleza religiosa. Sin embargo en la actualidad, y bajo los postulados de la Ilustración, se le ha despojado de tal herencia, por lo que se puede jurar sin tener como garante de la verdad a Dios. Actualmente es una simple garantía de decir la verdad o en palabras de LLOBET “una coacción moral sobre el declarante para que no falte a la verdad”⁶¹⁵. No constituye requisito para el delito, de ahí que la nulidad por falta del mismo no excluye la tipicidad⁶¹⁶.

611 CASTILLO, pp. 40, 68, SOLER, op. cit. P. 230

612 Así CASTILLO, p 68, en sentido contrario CREUS, p. 345. quien dice “...aunque elegidos por las partes, pueden tener que fundamentar sus decisiones en determinadas realidades históricas que les suministre el agente e invisten una autoridad que procede de la ley (en ese sentido no dejan de ser “autoridades públicas”)”.

613 Op. cit. 68.

614 Op. cit. 735.

615 LLOBET RODRÍGUEZ, JAVIER: “CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES (anotado y concordado), Editorial Juricentro, San José, Costa Rica, 1991, p. 131, 256. “PROCESO PENAL COMENTADO, Imprenta y Litografía Mundo Gráfico, 1a edición, San José, 1998, p. 484. En igual sentido ADIP, AMADO en “PRUEBA DE TESTIGOS Y FALSO TESTIMONIO”, ediciones Depalma, Buenos Aires, 1983, p. 173.

616 El Código Penal Colombiano supone el juramento como parte del tipo, FERREIRA, op. cit. De igual manera lo exigía el Código Penal salvadoreño de 1826 que en lo pertinente decía: “Cualquiera que, en clase de testigo o de perito, y bajo juramento, declare maliciosa y falsamente en juicio, por el mismo hecho.....” MENENDEZ, ISIDRO, RECOPIACIÓN DE LAS LEYES DE EL SALVADOR EN CENTROAMÉRICA, 2a edición, San Salvador, 1956.

Binding incluye como presupuesto típico al juramento, Welzel y Maggiore por su parte consideraron que no es parte del tipo. Estimamos que la administración de justicia resulta lesionada tanto en el caso que el testigo haya sido juramentado, como si no lo fue. De cualquier forma, aun sin juramento siempre subsiste la obligación de decir verdad.⁶¹⁷

3. Tipo Subjetivo.

3.1. Dolo.

Es un delito doloso. No se requiere de elementos especiales distintos del dolo, como sería un ánimo de engañar a la administración de justicia o de perjudicar o favorecer a alguna de las partes. Supone conciencia de declarar como testigo, que la declaración es falsa y que se declara ante autoridad competente. Puede perfilarse el dolo eventual cuando el sujeto teniendo duda de si percibió o no determinado hecho o determinada circunstancia, declara falsamente ante el Juez ese acontecimiento como claramente percibido, sin expresar las dudas que tiene, sino presentando su percepción como segura. De todo lo anterior debe colegirse que la tipicidad penal se da, no cuando existe oposición entre lo afirmado, callado o negado y lo que objetivamente es verdad, sino en la oposición de aquello con lo que el autor conoce como verdad.

3.2. Error de tipo.

Siguiendo los parámetros del Art. 28 CP., que a la vez encajan en los supuestos de la teoría estricta de la culpabilidad, el error sobre los elementos objetivos del tipo penal excluye el dolo, por lo que al no prescribirse en nuestro Código Penal la tipicidad culposa para el falso testimonio, sea vencible o invencible, se excluye la tipicidad⁶¹⁸. Según lo expuesto puede darse el error cuando existe conciencia de decir la verdad, cuando en la realidad lo expresado es contrario a la realidad. También puede existir cuando el sujeto declaró ante autoridad competente, pero decidió mentir pensando que era incompetente y que por ende no estaba obligado a decir la verdad.

Si el error del sujeto estriba en pensar que declaraba ante autoridad competente, cuando en la realidad lo hacía ante un notario, debemos advertir de acuerdo a un criterio finalista que no se trata de un error de tipo, en tanto que la tipicidad se descarta por falta del tipo objetivo, que exige entre varios elementos que la deposición se verifique ante autoridad competente. En la óptica causalista se descarta la tipicidad por la falta de elemento típico antes referido.

617 Art. 185 CPP.

618 Art. 18 Inc.. 3 CP.



4. Fases de ejecución del delito

4.1. Consumación.

Para nosotros, es en el momento en que termina la declaración puesto que ya no puede hacer uso de la facultad de ampliar o rectificar lo expuesto. El momento específico en que se vierte la falsedad o niega u oculta la verdad, constituye ya un acto de ejecución. Mientras la declaración no haya concluido el declarante puede rectificar su declaración y si lo hace voluntariamente puede operar el desistimiento. Para que exista lesividad es precisa la falta de arrepentimiento oportuno. La declaración en un proceso escrito se cierra al firmar acta; en el proceso oral cuando se cierra el acto de declaración.

Por nuestra parte, atendiendo a todas las ideas expuestas debemos indicar que la consumación no requiere de una lesión efectiva, valga decir el error en el Juez, por lo que basta que se genere un peligro, que debe ser concreto⁶¹⁹, pues hemos dicho que el delito es de esta clase.

A) Testigo que declara en la instrucción y en el juicio.

La doctrina francesa establece que no hay Falso Testimonio en lo expresado durante la instrucción si en el juicio se dice la verdad. Razones: 1) Indivisibilidad, es decir lo vertido en la fase de instrucción y el juicio se entienden como un todo; 2) político criminalmente es preferible que el testigo diga la verdad después de mentir que dejarlo persistir en la falsedad por miedo a la pena (así Von Litz). Castillo⁶²⁰ se opone considerando que se haría depender la consumación de un hecho exterior a la voluntad del agente.

En todo caso en el Código Penal salvadoreño no se distingue el momento, consecuentemente hemos de entender que si se miente en la instrucción ante autoridad competente y nuevamente en el juicio oral, hay dos delitos. Es de considerar que cada uno puede tener repercusiones en un error judicial, para el caso en la instrucción puede dar margen para fundamentar una prisión preventiva o un sobreseimiento; en el juicio oral a una sentencia condenatoria o una absolución.

619 Cuando el art. 337 CPP franquea al Juez la posibilidad de ordenar la aprehensión del testigo que incurre en la falsedad en desarrollo del juicio sin que se trate del momento de la sentencia es porque da la pauta que no se requiere un resultado constitutivo de engaño en el Juez, basta con la posibilidad de engaño, por ende del peligro de error en el juzgador.

620 Op. cit. p. 82.

4.2. Tentativa.

En el desarrollo del iter criminis los actos de ejecución son los que determinan la existencia de la tentativa. Cuando el testigo empieza a mentir, ya es factible hablar de actos de ejecución, pues ya son directos y apropiados para engañar al Juez. Por otro lado, ya no se trata de un simple acto preparatorio, pues inequívocamente se conducen a engañar al Juez. Consecuentemente cualquier retractación involuntaria o sin espontaneidad, es decir, provocada por el interrogatorio de las partes o del Juez descarta el beneficio del desistimiento y es sancionable a título de tentativa. Para CASTILLO es posible cuando el testigo empieza a mentir sobre hechos relativos al Thema Probandum de importancia para formar el convencimiento judicial y la consumación del delito se interrumpe por causas independientes a la voluntad del agente.⁶²¹ Entender la imposibilidad de la tentativa, conllevaría también la imposibilidad de admitir el desistimiento, pues esta figura exige como presupuesto la no consumación del hecho.⁶²²

4.2. Desistimiento

En el desarrollo del iter criminis pueden existir actos de ejecución, pero en tanto la declaración no haya sido cerrada es posible que el testigo reaccione apegando su testimonio sobre los hechos a la verdad, es decir se retracte. Ello debe dilucidarse en cada caso y determinar si opera o no el desistimiento. Al respecto, el Art. 26 CP prescribe: “No incurrirá en responsabilidad penal, el que desistiere voluntariamente de proseguir los actos de ejecución del delito, o impidiere que el resultado se produzca, salvo que los actos de ejecución ya realizados sean constitutivos de otro delito consumado.” Del contenido de la disposición legal pueden inferirse las conclusiones siguientes:

1. Si agente voluntaria y espontáneamente se retracta, no hay delito pues la declaración es considerada en conjunto conforme a la verdad.
2. Si el agente se retracta forzado por las preguntas en que se descubrió sus contradicciones, ante la falta de desistimiento espontáneo hay tentativa de falso testimonio.

621 En sentido contrario RUEDA : “La consumación se produce en el momento en que se presta el falso testimonio, lo que hace imposible la tentativa”, op. cit. P. 758, SOLER: “La tentativa no es posible por su carácter de infracción de peligro”. CUELLO CALÓN, EUGENIO: DERECHO PENAL, parte especial, tomo I, Casa Editorial Bosch, Barcelona, 1982, compilado en COHECHO-AL FALSO TESTIMONIO, Estudios de Derecho Penal, parte especial, Editorial Jurídica Bolivariana, Bogotá, Caracas, Panamá, Quito, 1996, p. 314.

622 En realidad mientras la declaración no haya sido cerrada, por la posibilidad que el testigo reconduzca su testimonio ya sea por provocación derivada del interrogatorio o por voluntad propia, estamos ante un estadio en que el peligro concreto de error para el Juez no existe plenamente.



5. EXCLUYENTES DE RESPONSABILIDAD PENAL

5.1. Excusa absolutoria.

Se establece una exención de pena por parte del legislador cuando algún pariente declara mintiendo con la finalidad de favorecer a un procesado por tratarse de un ascendiente, descendiente, adoptante, adoptado, hermano, cónyuge o conviviente o persona en análoga relación de afectividad con aquél. Lo anterior no tiene absoluta aplicación si el testigo declara con la finalidad de favorecer a su pariente, pero afectando o favoreciendo a otro imputado, caso en el cual sí es punible el delito⁶²³.

5.2. Otros casos de exclusión de la responsabilidad penal.

En el caso de que alguien no declare la verdad con la finalidad de no autoincriminarse algunos lo entienden como un estado de necesidad⁶²⁴, otros ubican tal circunstancia como ejercicio del derecho de abstención.

6. PARTICIPACIÓN

El falso testimonio es un delito especial y de propia mano. Lo primero significa que sólo puede cometerse por quien tenga la calidad de testigo; y lo segundo, que requiere la expresión verbal del autor. Siendo consecuentes con lo anterior sólo pueden ser autores o coautores⁶²⁵, quienes emiten frases falsas. Es factible la existencia de la complicidad en el marco de la accesoriedad limitada. Además la autoría mediata no puede perfilarse cuando se instiga a alguien para que declare sabiendo que el testigo está en error, pues para ello sería necesario que se cometa el injusto y al ser atípica la mentira vertida por el declarante, tampoco será típica la instigación.

El Código Penal sanciona especialmente algunas conductas como el soborno al testigo o el Fraude procesal. Este último incluye como casos el ofrecimiento de medios de prueba falsos. Aun sin la existencia de tales descripciones típicas cabría la punibilidad por vía de la participación, aunque con la diferencia que la participación requiere por lo menos la existencia de un acto de ejecución en la verificación del falso testimonio y que al menos sea típico y antijurídico.⁶²⁶ Los tipos antes mencionados no requieren en la versión del testigo ningún acto de ejecución ni que éste constituya un ilícito penal.

623 BUSTOS, p. 359.

624 MUÑOZ CONDE, op. cit. P. 802

625 Se refiere al caso de dos personas que tienen la calidad de testigos y para generar credibilidad a su versión se ponen de acuerdo en la forma en que ha de externar su dicho falso.

626 El art.37 CP

7. ¿DESAPARECE EL DELITO DE FALSO TESTIMONIO SI AL RENDIRLO SE COMETE UN DEFECTO QUE IMPLIQUE NULIDAD?

Para unos no desaparece. Otros distinguen atendiendo la clase de formalidad procesal quebrantada, que pueden ser simples medidas de orden y las esenciales para la validez del acto.⁶²⁷ En este último caso, estiman que jurídicamente no hay testimonio, por ende no hay falso testimonio. Tendencias: a) Para unos hay delito; b) para otros tentativa; c) hay delito putativo; d) otro sector circunscribe la impunidad del delito en caso que el hecho sea inexistente: que no sea Juez el receptor, falta de consentimiento: hiCpotismo.

De todo lo anterior podemos considerar que: 1) En caso de vis compulsiva, no se descarta el injusto, pero sí la culpabilidad; 2) Si el Juez es incompetente, hay atipicidad, como ya se expuso. Si bien la nulidad o la anulabilidad pueden eliminar la existencia de un testimonio, no siempre ocurrirá así. Por ello CASTILLO⁶²⁸ dice que la existencia de una nulidad absoluta o relativa no hace desaparecer la existencia del delito de Falso Testimonio. El mero hecho que la declaratoria de nulidad relativa sea una eventualidad, porque depende de petición del interesado y que la nulidad absoluta depende de que sea descubierta por el Juez, indica que los vicios de nulidad no pueden quitarle al hecho su carácter típico y antijurídico.

La irrelevancia de la nulidad en cuanto a considerar que no influye en la consideración de la existencia del Falso Testimonio, también permite colegir según FERREIRA que es un delito de actividad y no de resultado⁶²⁹, y que cualquier otra circunstancia que evite la influencia en el juzgador para la decisión como es la falta de fe (por ejemplo, por merecerla otros testigos) no impide la existencia del delito de Falso Testimonio⁶³⁰.

627 En el caso de la no advertencia a los parientes del imputado de su facultad de abstención, si el contenido de lo depuesto afecta a un tercero podemos estimar que hay falso testimonio; pero si la mentira conlleva un contenido favorable al pariente imputado consideramos que hay atipicidad, pues no está obligado a asumir la calidad de testigo, última circunstancia que constituye un elemento objetivo del tipo. La calidad de testigo puede asumirla una vez que sea debidamente informado de su facultad de abstención. RANIERI, SILVIO: DEL FALSO TESTIMONIO en MANUAL DE DERECHO PENAL, tomo IV, Editorial Temis, 1975 compilado en COHECHO-AL FALSO TESTIMONIO, Estudios de Derecho Penal, parte especial, Editorial Jurídica Bolivariana, Bogotá, Caracas, Panamá, Quito, 1996, p. 345.

628 CASTILLO, op. cit. p. 63.

629 “El choque o colisión de la antijuricidad no es cuando la convicción se torció merced al falso testigo o la decisión de autoridad perjudicó intereses en contradicción con la falsa declaración, sino que lo antijurídico se da cuando, con la ritualidad formal, una persona se atrevió a mentirle a la justicia” FERREIRA, FRANCISCO JOSÉ en “DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA, 3a Edición, Editorial TEMIS, Santa Fe de Bogotá, Colombia, 1995, p. 230.

630 Así CREUS, p. 348. Para SOLER “El juicio de probabilidad (de influencia en el Juez) debe ser formulado con respecto al momento en que la falsedad se produjo, y con criterio independiente de las efectivas contingencias ulteriores del juicio. Si por ejemplo, la acción se ha prescrito, de manera que en el momento de resolverse la causa la declaración no puede ejercer influencia alguna no por ello deja de existir falso testimonio”, op. cit. P. 235.



8. LAS RETRACTACIONES DE LOS TESTIGOS EN EL PROCESO PENAL

Atendiendo a lo dispuesto en los Arts. 12 Cn., 1, 329 CPP. el tribunal ha de valorar como pruebas los testimonios vertidos en el juicio, pero de manera excepcional pueden valorarse actos vertidos extrajuicio como los actos definitivos e irreproducibles. Sin embargo, haciendo a un lado los supuestos de actos de prueba de la instrucción con valor en el juicio, pueden presentarse circunstancias en que una persona al declarar como testigo en el juicio proporcione una información totalmente distinta a la que la parte proponente conocía, según lo declarado por aquélla en la instrucción.

De lo anterior, valga decir el caso de un testigo que en el acta de la instrucción consta que dijo una situación y al prestar su declaración en el juicio externa una idea distinta, pero con el problema que tal declaración no fue realizada siguiendo las reglas del anticipo de prueba. Por lo anterior, cobra importancia la discusión de cómo propiciar el ingreso de la información vertida en la instrucción y con ello acreditar tal información o impugnar las manifestaciones del testigo en el juicio. Las soluciones doctrinarias que abordan ese aspecto son variadas. En verdad, éstas parten muchas veces de la previsión legal.

Para el caso basta mencionar el Art. 714 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal Española⁶³¹, como el Art. 311 del nuevo Código Procesal Penal de Honduras⁶³², el Art. 382 del derogado Código de Procedimientos Penales de Costa Rica;⁶³³ el Art. 391 del Código procesal Penal de la nación argentina;⁶³⁴ el Art. 253 de la Ordenanza Procesal

631 “Art. 714. Cuando la declaración del testigo en el juicio oral no sea conforme en lo sustancial con la prestada en el sumario podrá pedirse la lectura de ésta por cualquiera de las partes.— Después de leída, el Presidente invitará al testigo a que explique la diferencia o contradicción que entre sus declaraciones observe”.

632 “Art. 311. Lecturas autorizadas. Excepcionalmente podrán ser incorporadas al juicio por su lectura que hará el secretario: 6) las declaraciones del acusado y los testimonios practicados durante la etapa preparatoria, cuando sean contradictorios con lo manifestado después en el acto del juicio, a fin que las partes puedan interrogar al acusado o al testigo, sobre la contradicción apreciada entre ambas manifestaciones sucesivas.”

633 LECTURA DE LAS DECLARACIONES TESTIFICALES “Art. 384.- Las declaraciones testimoniales recibidas de acuerdo con las normas de la instrucción, sólo se podrán leer, bajo pena de nulidad, en los siguientes casos: 2) Si hubiere contradicciones entre ellas y las prestadas en el debate, o fuere necesario ayudar a la memoria del testigo”.

634 “LECTURA DE LAS DECLARACIONES TESTIFICALES 391. Las declaraciones testimoniales no podrán ser suplidas, bajo pena de nulidad, por la lectura de las recibidas durante la instrucción, salvo los siguientes casos y siempre que se hayan observado las formalidades de la instrucción: 2) Cuando se trate de demostrar contradicciones o variaciones entre ellas y las prestadas en el debate, o fuere necesario ayudar a la memoria del testigo”.

Penal Alemana;⁶³⁵ que prevén la posibilidad de leer el acta de la instrucción en el caso que el testigo se contradiga.

En el caso salvadoreño (lo mismo que en el vigente Código Procesal Penal de Costa Rica -Art. 334- y del Código Procesal Penal de Paraguay -Art.371-) el código vigente desde abril de 1998 al regular los casos de pruebas cuya introducción por lectura es permitida, no regula la posibilidad de dar lectura automática al contenido de tales actas cuando se manifiestan contradicciones entre lo declarado en el juicio y en las fases previas a éste. Consideramos que la solución en cada país ha de partir de las herramientas de solución que proporciona cada normativa.

8.1. Requisitos de las entrevistas a testigos.

En el transcurso de un proceso la persona que tiene la calidad de testigo, puede rendir su versión ante diversas autoridades: fiscal, policía, juez. Como antes se ha expresado, en caso de faltar al deber de decir verdad ante autoridad competente aquélla puede incurrir en falso testimonio. Hemos externado que el juramento no constituye un presupuesto para la configuración del tipo penal FALSO TESTIMONIO. El juramento nada más tiene la función de ser una herramienta para impulsar al testigo a sentirse moralmente comprometido con la verdad.

No obstante lo anterior, cabe precisar si las declaraciones rendidas ya sea de manera judicial como extrajudicial exigen la prestación del juramento. Al respecto el Art. 121 dice "...el juez, o el presidente del tribunal o el funcionario a cargo, lo recibirán...", con lo que es de interpretar qué se quiso expresar al emplear el término "funcionario". La calidad de funcionario a los efectos del proceso penal debe entenderse como una persona con funciones de decisión. En verdad, la policía no tiene verdaderas funciones de decisión; no tiene facultades de ordenar la coerción en una persona aunque sí tiene funciones de ejecución o de actuación en el marco de la flagrancia. Por lo anterior, hemos de entender que tal expresión se refiere al fiscal⁶³⁶. Sobre ello consi-

635 LECTURA DE ACTAS PARA AYUDAR AL RECUERDO O EN CASO DE CONTRADICCIÓN. "Art. 253 Si un testigo o perito aclara que él no recuerda más un hecho, puede ser leída la parte del acta sobre su declaración anterior referente a ello para ayuda a su memoria. Lo mismo puede ocurrir si una contradicción destacable en la declaración con la deposición anterior no puede verificarse o allanarse de otra manera sin suspensión del debate" traducción de MAIER, JULIO B.J. "LA ORDENANZA PROCESAL PENAL ALEMANA", volumen II, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1982, p. 230.

636 La SALA DE LO CONSTITUCIONAL DE COSTA RICA ha expresado en el VOTO 965-91 del 21 de mayo 1991 que para la validez de las declaraciones de los testigos se requiere que sean juramentados e interrogados por el agente fiscal o el juez de la instrucción (debe advertirse que se refiere al derogado Código de Procedimientos Penales de 1973, vigente hasta diciembre de 1997), haciendo caso omiso de que se requiera en el caso de las deposiciones ante la policía. El parágrafo 161.1 de la Ordenanza Procesal penal Alemana reserva el juramento al Juez, véase en GOMEZ COLOMER, JUAN LUIS. "EL PROCESO PENAL ALEMÁN (Introducción y normas básicas), BOSCH, Casa Editorial, Barcelona, 1985, p. 338.



deramos que lo plausible sería que el juramento esté referido a todo tipo de declaración rendida legalmente, por ende incluida la policial, pues constituye ello una manera de comprometer al testigo con la verdad, elemento importante ya que con cualquier versión dada, sea ante sede policial o fiscal, se generan repercusiones tendentes a afectar la libertad de una persona. Por lo expuesto, comprendemos que el actual Art. 121 CPP sólo se extiende al fiscal, o a funcionarios como los jueces.

8.2. La impugnación por manifestaciones anteriores.

Muchas veces se ha pregonado la idea que es innecesario que el fiscal documente sus investigaciones. Si partimos de un testigo que ha de mantener su versión por siempre, idealmente no sería necesario documentarlo, pero la realidad indica que hay casos en que una persona por diversas razones cambia su exposición sobre lo que conoce ya sea sin intención (olvido) o con intención (para mentir a la hora del juicio o para desmentir una mentira proferida en la instrucción). Lo anterior ocasiona que en un momento determinado una entrevista pueda constituirse una herramienta útil para conducir a un testigo a que diga la verdad.

Partiendo de nuestro Derecho Positivo no se puede recurrir al mecanismo de dar simple lectura a la versión de la instrucción y con ello propiciar una valoración automática por parte del tribunal. Mucho menos puede recurrirse al mecanismo que en los alegatos se aluda a tales contradicciones sin antes haber sentado las bases al dejar en evidencia las contradicciones del testigo. De ahí que en todo caso la parte interesada tiene que acreditar las circunstancias en que fue prestada la primera declaración⁶³⁷.

El cambio de la versión puede tener distintos matices: 1) que el testigo adicione aspectos no revelados en la instrucción; 2) que niegue informaciones que dio en la instrucción; 3) que diga no recordar nada sobre los hechos; 4) que diga no saber nada de los hechos. En cuanto al recuerdo del hecho como a su forma de expresión EMILIO MIRA LÓPEZ⁶³⁸ sostiene como factores: "a) del modo en que ha percibido el acontecimiento; b) del modo como es conservado en su memoria; c) del modo como es capaz de evocarlo d) del modo como quiere expresarlo, y e) del modo como puede expresarlo." Ante la ocurrencia de las contradicciones, FONTANET⁶³⁹ sugiere primeramente lograr que el testigo ratifique lo dicho en el juicio; después interrogarlo sobre las circunstancias de la declaración anterior, dónde, cuándo, si la leyó antes de firmarla. Luego debe generarse el conocimiento de la declaración anterior, permitirle que la lea y después se

637 FONTANET "PRINCIPIOS Y TÉCNICAS DE LA PRÁCTICA FORENSE", Jurídica Editores, 1ª edición, diciembre 1999, San Juan, Puerto Rico, p. 148

638 Citado por DESIMONI "La Prueba y su apreciación en el nuevo Proceso Penal", Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, op cit. p. 141.

639 Op. Cit. 148-149.

le podrá preguntar sugestivamente “¿Es cierto que en declaración ante el fiscal dijo..?”, ante lo cual pueden darse dos situaciones: que el testigo acepte o no la contradicción.

En sentido contrario, JOSÉ MARÍA CASADO sostiene: “Ante las declaraciones contradictorias o la negativa del testigo a declarar, debe aplicarse lo previsto para el imputado en el Art. 340... Con la lectura podrá el Tribunal ponderar la mayor o menor verosimilitud de las versiones contrapuestas, por lo que como afirma ASENSIO MELLADO, no estamos en presencia de un acto materialmente irreproducible sino irreproducible en cuanto a su contenido de veracidad, dado el tiempo transcurrido, las eventuales presiones externas sobre el declarante y la misma tensión que provoca el juicio oral y público. Incluso, la contradicción con las declaraciones no judiciales del testigo pueden y deben ser objeto de aclaración mediante lectura, ya que con la misma se introduce en el debate, estando presente el declarante, el contenido de “todo” lo declarado por el mismo, cumpliéndose la inmediatez y la contradicción. De hecho, la lectura de declaraciones contradictorias “presupone una confrontación oral directamente percibida por el Tribunal y, por lo tanto, una decisión sobre la prueba producida en el juicio en sentido estricto”(STS 12/6/91)⁶⁴⁰ .

Por nuestra parte atendiendo a la regulación de la prueba que puede introducirse por lectura estimamos que el desarrollo del interrogatorio de cada testigo es el mecanismo para propiciar el ingreso de la información vertida en la fase de de instrucción, ya sea con el objeto adicionar un elemento probatorio o con la finalidad de desvirtuar la manifestación dada en la fase de instrucción. Estimar un valor automático a las actas de la fase de investigación, y por ende valorarlas ante la simple contradicción a nuestro parecer, puede constituir una violación al principio de contradicción. La parte afectada con la información de la instrucción debe tener la oportunidad de confrontar al testigo, de pedirle explicaciones del porqué de las contradicciones. Todo ello aparte de los defectos que genera la escrituralidad, en el sentido de que a veces no refleja en realidad lo que el testigo quiso decir, sino la percepción que tuvo el sujeto que redactó el acta, quien a su vez obviamente, tiene un estilo propio de redacción.

9. CONCLUSIONES

De todas las ideas expuestas puede concluirse:

1. Con o sin juramento, una declaración falsa lesiona la Administración de Justicia.

640 “LA PRUEBA EN EL PROCESO PENAL SALVADOREÑO” Corte Suprema de Justicia-Agencia Española de Cooperación Internacional. San Salvador, junio, 2000, p. 403.



2. El Bien Jurídico no es la Administración de Justicia como institución, sino como función estatal.⁶⁴¹ No se pone en peligro la justicia como conjunto de autoridades, sino la actividad de éstas.
3. La falsa declaración puede ser no sólo ante autoridad judicial competente sino ante administrativa que tenga funciones en una controversia jurídica: fiscal, Asamblea Legislativa, Tribunal del Servicio Civil.
4. El tipo se refiere a la administración de justicia nacional, por lo que incluye declaraciones en el extranjero relativas a procesos bajo jurisdicción nacional, o a proceso extranjero para el caso de comisiones rogatorias realizadas en el país.
5. Es un delito de peligro concreto y no de peligro efectivo o abstracto.
6. Los actos de ejecución existen cuando se empieza a mentir. Por ende, cualquier retractación no voluntaria permite considerar tentado el hecho.
7. El desistimiento beneficia al testigo en la medida en que se retracta voluntariamente, sin que alguien le haya provocado el cambio de su versión.

El mecanismo para introducir información dada en la instrucción en actos en que no se han seguido las reglas del anticipo de prueba es el mismo interrogatorio, no siendo permisible la lectura automática sin haber sentado previamente las bases para ello.

641 Así CASTILLO, op. cit. 39; RUEDA, LUIS:, p. 756.



BIBLIOGRAFIA
ENSAYOS PARA LA CAPACITACION PENAL
Tercera parte

- FERREDA, FRANCISCO JOSE. Delitos contra la Administración Pública, Bogotá. Editorial Temis 1995.
- VIVES ANTON, TOMAS. Comentarios al Código Penal de 1995. Editorial Tirant. Lo Blanch. Valencia 1996.
- CREUS, CARLOS. Derecho Penal. Parte Especial. Edición Astrea. Buenos Aires 1997.
- ZAFFARONI, EUGENIO R. Manual de Derecho Penal. Parte General. Cardenas Editor. Distribuidor. México 1991.
- MARTINEZ, ANDRES. El Encubrimiento. En Cuadernos de Derecho Judicial. Consejo General del Poder Judicial 1994.
- FARRE, ELENA. Comentarios a la Jurisprudencia del Tribunal Supremo, en Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, Tomo XLI, enero-abril 1988.
- SOLER SEBASTIAN. Derecho Penal Argentino. Tipografía Editora Artentina. Buenos Aires 1992.
- VIVES ANTON, TOMAS Y J.C. CARBONELL MATEU y otros "Derecho Penal Parte Especial, 2ª edición, revisado y actualizado. Tirant lo Blanch, Valencia 1996.
- MUÑOZ CONDE, FRANCISCO. "Derecho Penal parte Especial" Tirant lo Blanch Valencia, 1996
- GOLDSTEIN RAUL. "Derecho Penal y Criminología, Tercera Edición actualizada y ampliada. Editorial ASTERA de ALFREDO Y RICARDO DE PALMA, Buenos Aires Argentina 1993.
- MORENO CARRASCO FRANCISCO Y RUEDA GARCIA, LUIS "Código Penal de El Salvador Comentado" agosto 1999 Edita Justicia de Paz (CSJ-AECI)
- QUINTEROS OLIVARES, GONZALO y otros. "Comentarios al Nuevo Código Penal" ARAZADI. Editorial 1996.



- CREUS, CARLOS "Delitos contra la administración pública". Comentarios de los artículos 237 al 281 C.P. Argentino EDITORIAL ASTREA DE ALFREDO Y RICARDO DE PALMA Buenos Aires, Argentina.
- FONTAN BALESTRA, CARLOS "Tratando de Derecho Penal" Tomo VII, parte especial, 2ª edición Abeledo-Perrot, Buenos Aires.
- GARBERI LLOBREGAT J. Y otros "Código Penal Interpretación Jurisprudencial y Legislación Complementaria. Primera Edición, Editorial BOSCH S. A. Mayo de 1999. Barcelona España.
- PALLARES EDUARDO "Diccionario de Derecho Procesal Civil" Editorial PORUA S.A., Décima Séptima edición, México 1986.
- ALVAREZ GARCIA, FRANCISCO JAVIER, "El delito de desobediencia de los funcionarios públicos. Editorial Bosch, Barcelona España 1987.
- CLIMENT DURAN, CARLOS. Detenciones Ilegales Policiales. Tirant lo Blanch. Monografías, Valencia 1998.
- REY HUIDORBRO, LUIS FERNANDO. El delito de tráfico de drogas. Aspectos Penales y Procesales. Tirant lo Blanch, Valencia 1999.
- CASTILLO FRANCISCO, Delito de Falso Testimonio, Editorial Juricentro, San José, Costa Rica 1982.
- CASTILLO GONZALEZ, FRANCISCO. "Posición del perito en el proceso penal costarricense". Revista de Ciencias Jurídicas, N.º 34. Universidad de Costa Rica, Facultad de Derecho-Colegio de Abogados, San José, enero - abril 1978.
- LLOBET RODRIGUEZ, JAVIER "Código de Procedimientos Penales", Editorial Juricentro, San José, Costa Rica 1991.





IV PARTE

**CUESTIONES DE DERECHO DE
EJECUCIÓN DE PENAS
Y MEDIDAS**





CUESTIONES DE DERECHO DE EJECUCION DE PENAS Y MEDIDAS.

Dr. Borja Mapelli Caffarena*

SUMARIO: Introducción I. Principios Básicos de la Pena, II. Competencia. III. Libertad condicional y suspensión condicional de la ejecución de la pena. IV. Medidas de Seguridad. V. Penas alternativas a la prisión. VI. Conservación de la pena. VII. Acumulación de penas. VIII. Pena de multa. IX. La intervención del Ministerio Público. X. Cuestiones relativas al Régimen Penitenciario.

INTRODUCCIÓN

No han transcurrido todavía diez años que El Salvador inauguró la figura del Juez de Vigilancia Penitenciaria y Ejecución de Penas (en adelante JVPEP). Su incorporación a la justicia penal nacional representaba antes que nada un esfuerzo por asegurar que quienes sufren más riesgos para poder ejercer los derechos de las personas son en la misma medida quienes merecen más atención.

Sin embargo, hoy se observa que las relaciones entre esta jurisdicción especializada y el sistema penitenciario no ofrecen la fluidez necesaria para que estos jueces puedan cumplir correctamente con su alta misión de proteger a un sector de la población que por su condición penitenciaria se encuentra más desprotegida que el resto de la misma.

La trascendencia que tiene disponer de una normativa que, adaptada a las modernas tendencias político-criminales, intenta asegurar dentro de nuestras prisiones alcanzar los fines reconocidos por nuestra Constitución de respeto a los derechos humanos y las metas de lograr la incorporación pacífica a la comunidad jurídica de quienes han sufrido pena de prisión.

Por esa razón, el presente trabajo tiene como base fundamental una serie de cuestiones que son el resultado de un esfuerzo entre los sectores profesionales del sistema de administración de justicia penal involucrados en el quehacer penitenciario, que durante la realización de Talleres de Diagnóstico identificaron, analizaron y debatieron los diferentes aspectos que han generado divergencias en la aplicación del sistema de penas en el Derecho Penal de nuestro país, a los cuales en él se pretende proporcionar propuestas de solución a los mismos.

* Dr. en Derecho por la Universidad de Jerez, con sobresaliente Cum Laude, Cádiz, España. Recibió Medalla de Plata al Mérito Social Penitenciario, por el Ministerio de Justicia e Interior, autor de libros, como: “Teoría de la Pena”, “Práctica Forense Penitenciaria” y “El Traslado de Personas condenadas entre Países”, entre otros.

Estas propuestas apuntan tanto a la judicatura como a las instituciones penitenciarias, si para los primeros este trabajo ayudará a comprender las dificultades y contradicciones del mundo de las prisiones en el que la ley se modula con la realidad penitenciaria y es esta realidad la que le da vigencia, para los responsables de instituciones penitenciarias ayuda a terminar con los celos hacia jueces, vistos como una simple instancia de control. Bien, al contrario, los Jueces de Vigilancia Penitenciaria constituyen un elemento imprescindible, que asumen una labor de clarificación del marco legal cotidiano sobre lo que es posible hacer o no hacer de acuerdo con el mandato legal.

Cualquier otro sector profesional de la administración anhelaría la suerte de disponer de forma específica con unos jueces que liberan a los funcionarios de la responsabilidad de resolver las incógnitas de lo que es legal e ilegal. Aún es más plausible esta función en el mundo de las prisiones en donde los riesgos de provocar una grave lesión a los derechos de las personas son extremos.

I. PRINCIPIOS BÁSICOS DE LA PENA.

☛ PROCEDIMIENTO PARA RESOLVER LOS INCIDENTES EN SEDE DEL JVPEP.

Debido a que no existe una ley procesal que indique los procedimientos a seguir en los incidentes que se susciten, de conformidad a lo estatuido en el Art. 46 Ley Penitenciaria, ¿Cómo podría solventarse esta situación para manejar un criterio uniforme por parte de los Jueces de Vigilancia Penitenciaria y de Ejecución de la Pena del país, observando los principios básicos del derecho penal y procesal penal?

La falta de un procedimiento específico se viene compensando con la utilización de algunos de los modelos que contemplan las leyes procesales, sin embargo, las particularidades del mundo de las prisiones demuestran que esos procedimientos se adaptan con graves deficiencias. Así, algunos de los principios que deberían inspirar un procedimiento penitenciario son los siguientes:

- **Inmediatez.** Los tiempos penitenciarios son particularmente breves, por lo que los plazos procesales deben adaptarse a ellos.
- **Oralidad.** Debido a las dificultades de muchos internos a expresarse por escrito por su bajo nivel cultural el procedimiento penitenciario debe estar presidido por la oralidad.
- **Gratuidad de la defensa.** Aún cuando la presencia del asesoramiento técnico no debe ser un obstáculo para tramitar un expediente, se debe de contemplar un asesoramiento especializado y gratuito.
- **Oportunidad.** El principio de oportunidad otorga competencias al órgano judicial a instancia de las partes para suspender o archivar un expediente cuando por razones de prevención especial o de conveniencia en el equilibrio del establecimiento penitenciario, fuera recomendable.



II. COMPETENCIA.

☛ ATRIBUCIÓN DEL JVPEP EN CASO DE REO AUSENTE.

Un juez de Instrucción condena a una persona ausente, por haber sido procesada con la normativa penal y procesal penal derogada. ¿Cuál es la competencia del JVPEP?

La cuestión plantea dos problemas distintos entre sí:

- A) Por una parte, se plantea un problema de carácter sustantivo sobre la posibilidad o no de aplicar los Códigos de forma parcial. La solución que se dé a esta cuestión depende de cómo se entienda el Código Penal bien como una unidad normativa indivisible o bien como un conjunto que a pesar de su sistematicidad permite juzgar un determinado supuesto tomando en parte la normativa derogada y en parte la nueva. En efecto debe rechazarse la pretensión de juzgar un determinado caso a partir de un "cóctel normativo" en el que se tomen los elementos de un delito correspondiente a un texto legal y se combinen con otros elementos procedentes de otra aún cuando de dicha combinación pudiera resultar favorecido el reo. Sin embargo, la norma penal como toda norma jurídica, tanto en su individualidad como considerada en su conjunto permite diferenciar en su estructura entre el presupuesto y la consecuencia. Se trata de dos momentos que responde a valoraciones distintas, por lo que no vemos inconveniente en combinar una y otra cuando de ello resulte más favorecido el reo. Si esta tesis es correcta y lo debe ser en la medida que es la más comúnmente aceptada en el derecho comparado, podremos aplicar un tipo penal correspondiente a un Código y resolver de acuerdo con la regulación de las normas procedentes de otro código distinto los problemas que suscite la aplicación y ejecución de las consecuencias jurídicas de ese delito.
- B) El segundo problema es de carácter competencial. Cuando la sentencia adquiere firmeza en algunos de los casos en los que el reo ha sido juzgado en rebeldía por encontrarse con paradero desconocido (Art. 93 CPP), no corresponde enviar al JVPEP la certificación de la sentencia condenatoria, bien al contrario ésta debe permanecer a disposición del Juez o Tribunal Sentenciador, quien es el único competente en este momento procesal para expedir la correspondiente orden de captura a la Policía Nacional Civil (Art. 92 CPP.). Sólo cuando una sentencia está en condiciones de ser ejecutada deberá remitirse al JVPEP y ello no sólo porque en tanto no pueda ser ejecutada aquél no asume competencias y no puede ejecutarse una sentencia en la que el condenado se encuentre con paradero desconocido (Art. 6 LP), sino también porque, de no encontrarse, transcurrido el correspondiente plazo tendrá que declarar la prescripción de la pena el Juez o Tribunal Sentenciador, ya que el instituto de la prescripción es de carácter sustantivo y afecta a la responsabilidad penal y, en consecuencia, es competencia jurisdiccional exclusiva del tribunal o juez de lo penal.

COMPETENCIA DEL JVPEP CON RELACIÓN A LA RESPONSABILIDAD CIVIL.

¿Cuál es la competencia del JVPEP para la ejecución de la Responsabilidad Civil?

El propio nombre que le da el legislador a este Juez, como JVPEP, apunta la respuesta a esta cuestión ya que la responsabilidad civil ni es pena privativa de libertad, ni es pena. La responsabilidad civil a pesar de que puede ser determinada en la sede del proceso penal, no por ello pierde su naturaleza jurídica y se rige en todos aquellos aspectos no resueltos en el Código Penal por el Código Civil. El propio Art. 124 del CP. señala a los efectos de la extinción de la responsabilidad civil que ésta se hará de acuerdo con las normas civiles y no penales. Otras circunstancias de esta responsabilidad demuestran su naturaleza civilística, tales como la posibilidad de que exista responsabilidad civil, sin responsabilidad penal o de que se establezca una responsabilidad subsidiaria, posibilidades todas ellas inimaginables cuando se trata de la responsabilidad penal.

Ciertamente, que de la simple constatación de la naturaleza civil de la responsabilidad por los perjuicios causados por el delito no se infiere necesariamente que el JVPEP pierda la competencia al respecto y la denominación en todo caso sería un argumento meramente formal de escasa capacidad de convicción. No obstante, a las razones expuestas habría que añadir otras:

A) No debe suscitar dudas el hecho de que corresponde a los jueces y tribunales la valoración de los daños a los efectos de determinar dicha responsabilidad e, incluso, que corresponde igualmente a ellos determinar las cantidades indemnizatorias o reparatorias y, asimismo, distribuir las penalmente responsables, como se desprende expresamente de los Arts. 115. 4 o 117. 1 CP., Art. 361 CPP.

B) La cuestión se centra en determinar si la ejecución de dicha resolución con relación a la responsabilidad civil corresponde -haciendo una especie de paralelismo con lo que sucede en las penas- al JVPEP Sin embargo, esta posibilidad queda excluida con una lectura atenta del Art. 37. 1 LP, en el que se dice que es competencia de dicho Juez "controlar la ejecución de la pena y de la medida de seguridad", luego circunscribe la competencia a esos dos institutos y sólo a esos dos institutos, a saber: la pena y la medida de seguridad.

En consecuencia, corresponde al mismo juez o tribunal que dictó la sentencia la ejecución de la responsabilidad civil, siempre que esta se haya sustanciado en el mismo proceso penal, no ha sido cuando se ha sustanciado por la jurisdicción de lo civil. En coherencia con lo anterior tampoco participamos de la opinión de que son los fiscales penitenciarios los que deben asumir la ejecución de la responsabilidad civil basándose exclusivamente en el principio competencial general según el cual corresponde al Ministerio Fiscal la defensa de la legalidad (Art. 193. Inc. 2 Cn).

No obstante, debe tenerse en cuenta que en los últimos tiempos la libertad condicional al igual que otros beneficios se hacen depender de la satisfacción de la



responsabilidad civil (Art. 85 CCP.), debido a las políticas criminales victimológicas que exigen una mayor atención a los intereses de la víctima y no por razones retributivas, sino preventivas; de prevención general, porque la satisfacción de la víctima permite un sentimiento de reconocimiento social a la eficacia de la justicia como medio de conciliación y solución de los problemas y desde el punto de vista preventivo especial, porque en la medida que se alcance la satisfacción de la víctima los márgenes de introducir modificaciones en las penas impuestas en beneficio de esos fines serán mayores.

A pesar de esta vinculación y a pesar de que el legislador otorga al JVPEP la competencia de conceder o no la libertad condicional, no por ello le corresponde a este dirigirse al condenado reclamando los pagos, sino únicamente constatar que estos han sido satisfechos o que por las circunstancias que concurren ha sido imposible el abono del debito a los efectos todo ello de conceder la libertad condicional.

Más allá de la realidad legal es posible hacer consideraciones de política criminal a favor de una reforma del Código, de manera que en el futuro el JVPEP pudiera asumir competencias de ejecución de la responsabilidad civil derivada del delito como una fórmula posible para asegurar los intereses de la víctima en el sistema penal. En este camino se han dado ya importantes pasos en el derecho comparado y también en el nacional. La vinculación de los beneficios penitenciarios y penales del requisito de tener o no satisfecha la responsabilidad civil es una buena prueba de ello.

☞ CONSECUENCIAS ACCESORIAS PROVENIENTES DEL HECHO PUNIBLE.

La pérdida del producto, de las ganancias y ventajas provenientes del hecho y el comiso. ¿Son una pena pecuniaria o participan de la misma naturaleza que la responsabilidad civil?

En primer lugar, conviene destacar la trascendencia práctica que tiene determinar la naturaleza jurídica de las llamadas “consecuencias accesorias”. Ya hemos visto que en varias ocasiones el Código Penal deja claro que muchos institutos orientados a lograr la resocialización del condenado no se aplican a la responsabilidad civil. Este es el caso de la suspensión condicional (Art. 83 CP.), del perdón judicial o de la libertad condicional. También la responsabilidad civil se rige por unas causas de prescripción distintas a las que rigen para las penas (Art. 99 CP.).

Sólo estas circunstancias dan idea de la trascendencia de resolver las dudas que se suscitan en torno a la “consecuencias accesorias”. El legislador siguiendo las mismas causas de otros códigos, como es el caso de Alemania o España, mediante esta denominación ha soslayado el problema de la naturaleza jurídica, de manera que las consecuencias jurídicas pueden ser consideradas penas, medidas de seguridad, responsabilidad civil o, sencillamente, algo distinto a todo lo anterior.

La naturaleza jurídica del comiso sobre las ganancias del delito es diferente de la naturaleza de las otras dos modalidades, incluso, el propio legislador renuncia a

denominarle comiso cuando se trata de las ganancias del delito (Art. 126 CP). Cuando se trata de decomisar las ganancias se evita un enriquecimiento injusto procedente del delito. Nos encontramos ante una figura jurídica muy próxima a la responsabilidad civil, no tanto porque su gravedad se determina por un elemento ajeno al hecho delictivo como son las ganancias, sino porque su aplicación no responde a los fines ni preventivos ni retributivos del sistema penal. Es ajeno al Derecho penal, es la pretensión de evitar un enriquecimiento ilícito independientemente de que origine o no un perjuicio a terceras personas.

Distintos son los supuestos de los comisos de los instrumentos y efectos del delito. La doctrina ha encontrado dificultades para considerarlos penas o medidas. Lo primero porque de tratarse de una pena no podrían ser decomisados los instrumentos del delito de un sujeto inimputable. Tampoco podría extenderse el comiso a quienes fueran titulares de los bienes pero ajenos a la responsabilidad penal por el delito que da lugar al decomiso. No obstante, aún sin ser una pena, participa de algunas de las garantías de ésta, como es la proporcionalidad "con la naturaleza o gravedad de la infracción penal" (Art. 128 CP). EL comiso se encuentra igual que las penas y las medidas sometidas al principio de legalidad en todas sus manifestaciones.

Tampoco es el comiso de los instrumentos y efectos del delito una medida de seguridad. Por las mismas razones anteriormente apuntadas. Las medidas como las penas tienen un carácter personal que no se da en el comiso. En este sentido, el comiso alcanza los bienes pertenezcan o no al responsable del delito sin más limitación que el adquirente de buena fe.

Pero el comiso, que ahora estamos estudiando, responde también a los postulados preventivos especiales. Ciertamente que el comiso tiene por objeto algunos bienes que resultan intrínsecamente peligrosos (drogas, dinero falsificado) y otros que son peligrosos en la medida que se encuentran a disposición de una persona determinada. El fundamento del comiso no está en la peligrosidad de los bienes sino en el uso peligroso que un cierto sujeto hace de ellos y cuando la titularidad de los mismos es de una tercera persona el fundamento del comiso está en que el propietario no ofrece garantías suficientes de que el condenado acceda al uso peligroso de dichos bienes. A nuestro juicio, estamos ante una reformulación actualizada de la inocuidad. Se trata del desarrollo de la prevención situacional (o prevención natural) que propone como estrategia de lucha contra el delito la evitación de aquellas situaciones que son propicias al mismo, tales como el fácil acceso a instrumentos que con anterioridad han sido utilizados para otros delitos. Este es el caso y el fundamento preventivo del comiso, por esta razón queda excluida la posibilidad de aplicar el comiso cuando se trata de una infracción culposa en la que no se expresa la voluntad criminal (Art. 127 CP).

El comiso no puede tener naturaleza ni civil ni administrativa porque de ser así no encontraría justificación que pudieran expropiarse los bienes a sus titulares por razones de prevención criminal. El comiso de efectos e instrumentos es una consecuencia jurídica del delito de naturaleza penal y como el resto de ellas tiene una fina-



lidad preventiva. Por esta razón, no debe de extrañar que algunos de los conceptos que se emplean en su regulación aunque procedan de otras ramas del derecho adquieran aquí una significación distinta.

Si el fundamento del comiso es la peligrosidad no propiamente objetiva, sino del sujeto en relación con ciertos objetos, para aplicarlo será preciso no sólo que concurren una serie de garantías objetivas, sino que además exista un pronóstico desfavorable de criminalidad.

¿Tiene competencias el JVPEP para conocer de Juicio Ejecutivo en el caso del condenado que no paga la pena de multa, según se regula en el Art. 52 inc. CP.?

La mayoría de los Códigos Penales modernos están empeñados en introducir una serie de fórmulas que impidan la conversión de la multa en prisión cuando el condenado carece de recursos económicos para hacer frente a la obligación. La llamada responsabilidad personal subsidiaria por impago constituye uno de los puntos negros característicos de esta pena que limita su expansión frente a las penas de carácter eminentemente personales.

Con este fin de evitar la conversión en prisión, el Código incorpora el sistema de días multa que permite adecuar la cantidad a pagar a la capacidad económica del reo. Pero además la pena de multa debe ser reemplazada por la de trabajos de utilidad pública, a razón de dos horas de trabajo por cada día multa cuando el condenado no tenga capacidad de pago (Art. 54 CP.). Esta valoración de la capacidad económica no se refiere sólo al tiempo contemporáneo a la imposición de la pena, sino a la capacidad potencial futura, circunstancia que hará difícil tomar la decisión del reemplazo en la mayoría de las ocasiones por falta de información. En todo caso el mencionado artículo no ofrece dudas sobre la competencia, ésta corresponde exclusivamente al Juez de la causa en la medida que se entiende que se trata de una modalidad específica de reemplazo de penas, en los que sólo aquél es competente.

Pero los esfuerzos por impedir los impagos no terminan ahí, sino que ya en plena fase de ejecución el JVPEP que asume estas competencias como para el resto de las penas, puede incluso modificar la multa en sus aspectos sustanciales para evitarlos. El Art. 53 CP. permite que el JVPEP ante una disminución fortuita en la capacidad actual o en la renta potencial pueda reducir el monto del día multa fijado en la sentencia. No les falta razón a quienes han criticado esta disposición que concede competencias al JVPEP que tienen más que ver con la determinación de la pena, que con la ejecución. No obstante, el interés por evitar el impago justifica plenamente la disposición.

Lo que está fuera de dudas es que una vez que el Juez de la Causa ha determinado la multa a pagar y enviado la correspondiente ejecutoria al JVPEP, es éste quien asume, en primer lugar, la competencia de señalar la forma de pago, si aplazada o no y, en el primer caso, si los plazos serán iguales y si serán semanales, mensuales, trimes-

trales, etc. (Art. 52. 1 CP.). En segundo lugar, ordenar la ejecución mediante la confiscación de bienes hasta cubrir el importe total de la multa impagada.

Finalmente, y, en tercer lugar, cuando los bienes confiscados al condenado no cubren la totalidad de la multa impagada El JVPEP procederá en base al Art. 54 CP. a reemplazar ésta por trabajo de utilidad pública a razón de dos horas de trabajo por cada día multa. Obsérvese que para realizar esta convertibilidad el legislador no tiene en cuenta la deuda, sino la duración de la pena. Esto es lógico considerando los motivos que han de tenerse en cuenta en la determinación de la pena de multa. El tiempo de duración tiene como referente la responsabilidad penal por el delito cometido, mientras que la cantidad que debe abonarse responde exclusivamente a la capacidad económica. En consecuencia, para la reversión de la pena este último dato resulta irrelevante.

☞ CONTROL DEL J.V.P.E.P. SOBRE LAS PERSONAS DETENIDAS PROVISIONALMENTE.

Se verificó que los JVPEP no están realizando la facultad que otorga el Art 37 No 13 LP, relacionada a la función de vigilancia respecto de que en los Centros Penales no se encuentren personas detenidas ilegalmente o que la detención provisional no haya adquirido las características de pena anticipada. Esta labor la ejecuta el personal del Departamento de Reos sin Sentencia pero con limitaciones, ya que lo único que puede hacer es informar verbalmente al Juez, éste en algunas ocasiones recomienda a los solicitantes dirigir sus peticiones a través de la defensa, lo cual retrasa los procedimientos.

La ley establece que el JVPEP al tener conocimiento de lo ocurrido debe informarlo al juez de la causa para que resuelva lo pertinente.

Debe tenerse en cuenta que las competencias del JVPEP se hacen extensivas, por voluntad del legislador, al control de legalidad de todos aquellos supuestos en los que una persona se encuentra privada de libertad en un establecimiento penitenciario. De acuerdo con esto, el numeral 13 del Art. 37 LP, se convierte en uno de los preceptos nucleares que justifican la propia existencia de dicho órgano judicial. Este no puede permitir que bajo su jurisdicción, en un establecimiento penitenciario se encuentre una persona ilegalmente detenida.

Por supuesto, que el caso que aquí se contempla no es de burda infracción de legalidad, sino de interpretación de las normas penales. Si se tratara de una detención manifiestamente ilegal, carente de todo fundamento, de la que tuviera conocimiento el JVPEP competente, indiscutiblemente que procede ordenar la puesta en libertad inmediata del sujeto y deducir testimonio contra el juez que ordenó la detención por el delito de prevaricato (Art. 310 CP.) o, de lo contrario, dicho juez podría hacersele cómplice de un delito de detenciones ilegales. La persona que en estas condiciones sufre



privación de libertad puede acudir al procedimiento constitucional de hábeas corpus solicitando el auto de exhibición de la persona (Arts. 38 y Ss. Cn.).

Cuando se trata de una injustificada interpretación extensiva de la ley, el procedimiento es necesariamente más cauto y el interesado o su representante legal deben de agotar las vías legales de recurrir la decisión que estima injusta, ya sea una condena, ya sea una prisión preventiva, hasta agotar el procedimiento. El legislador obliga al JVPEP que asuma plenamente la sentencia firme y sus decisiones están sometidas al principio de legalidad, por lo que no le permiten tomar decisiones que afecten la esencia de las penas impuestas de acuerdo con las garantías de un procedimiento legal.

El caso más complejo es aquel en el que el JVPEP tiene conocimiento de que una persona lleva en prisión preventiva más tiempo del que permiten las normas procesales. Cuando esto sucede la intervención del aquel sólo alcanza a ponerlo en conocimiento del Juez de la causa ya que tanto el Art. 35 LP como el 37 LP, al referirse a la competencia de los Jueces de Vigilancia Penitenciaria la delimitan a “vigilar y garantizar el estricto cumplimiento de las normas que regulan la ejecución de las penas y medidas de seguridad”. Más allá de esta competencia que aparece detallada en el Art. 37 y que circunscribe su intervención sólo a los penados, el JVPEP asume respecto del resto de la población penitenciaria el papel de “vigilar y garantizar el respeto de los derechos de toda persona mientras se mantenga privada de libertad por cualquier causa”. Es aquí donde podemos encontrar la relación que dicho juez tiene con la población preventiva en el centro penitenciario bajo su jurisdicción. Para evitar conflictos de competencias el JVPEP sólo asume una función general de control, sin que tenga asignadas capacidad decisoria alguna.

☛ FACULTAD DEL JVPEP PARA OTORGAR LA SUSPENSIÓN CONDICIONAL DE LA EJECUCIÓN DE LA PENA

07. cuanto a la concesión o denegatoria del Beneficio de Suspensión Condicional de la Ejecución de la Pena?

Dentro de las nuevas corrientes político-criminales tendentes a evitar la entrada en prisión por periodos cortos de tiempo nos encontramos con la suspensión condicional de la ejecución de la pena (Arts. 77-84 CP.). La suspensión es uno de los institutos más extendidos en el derecho comparado.

En nuestro derecho la suspensión puede alcanzar hasta las penas de tres años de prisión, dejando en suspenso la pena por un periodo comprendido entre los dos y los cinco años. El Código contempla dos modelos de Suspensión Condicional de la Ejecución de la Pena. El ordinario (Art. 77 CP.) cuyo fundamento es que resulte innecesario o inconveniente la ejecución material de la pena de prisión e, incluso, de cualquiera de las que están previstas para reemplazarla. Y el extraordinario (Art. 78 CP.) previsto para cuando el hecho se hubiere cometido entre cónyuges, compañeros de

vida o convivientes, padres, hijos y otros parientes y la suspensión resulte claramente conveniente para la víctima o para la recuperación de la armonía familiar.

Como todos los institutos orientados hacia la resocialización del condenado se plantea potestativamente, de forma que los jueces y tribunales tendrán que decidir, sin que dicha decisión pueda ser recurrida, si procede o no la concesión sobre la base de dos criterios: la inconveniencia de cumplir la pena impuesta y la satisfacción de la responsabilidad civil derivada del delito cometido. Siguiendo los modelos francófonos el Código permite al órgano judicial que acompañe la concesión con la imposición de una serie de obligaciones o cargas enumeradas en el Art. 79 CP. Estas no podrán en ningún caso ser vejatorias, ni ofender la dignidad o estima del condenado, ni atentar a su privacidad o ir contra sus creencias, ni, tampoco, pueden ser de tal naturaleza que no guarden relación con el hecho cometido. Esta última indicación no sólo se refiere a que la obligación que se imponga debe de estar comprometida con las metas resocializadoras, sino también que debe respetar el principio de proporcionalidad, pues, sería una inconsecuencia que un beneficio, como es la suspensión de la ejecución, terminara siendo más gravoso para el condenado que la propia pena.

De manera que la suspensión tiene dos momentos distintos. El primero de ellos que concluye con la valoración de las circunstancias que concurren en el autor y la concesión o no del mismo, acompañándola de alguna de las referidas obligaciones y, el segundo, que se inicia con la ejecución y seguimiento de las obligaciones, algunas de las cuales plantean graves problemas de coordinación entre los distintos servicios sociales implicados y, en todo caso, pueden dar lugar a la revocación por incumplimiento de la obligación impuesta (Art. 81 CP).

Esta dualidad permite una distribución de competencias más racional entre los dos órganos judiciales intervinientes en las causas penales. De manera, que corresponde a los jueces o tribunales de justicia conceder o no la suspensión e imponer, en su caso, la obligación; mientras que el JVPEP asume el seguimiento de la obligación, es decir, controlar que ésta se cumpla en los términos fijados en la sentencia por el tribunal que la dictó y, en caso de incumplimiento, "tramitar los incidentes que se susciten de conformidad con las normas del Código Procesal Penal" (Art. 37.12 LP). Las normas procesales referidas son los Arts. 441 y 442, en las que se señala que los jueces sentenciadores asumen todas las competencias de ejecución salvo aquellas que estén expresamente reservadas a los Jueces de Vigilancia Penitenciaria, y que las incidencias podrán ser planteadas por las partes y resueltas en el plazo de cinco días, una vez oída la parte contraria. De acuerdo con este precepto el JVPEP informa mediante providencia al Juez o Tribunal Sentenciador de la incidencia producida a fin de que resuelva si procede "modificar dichas reglas o prorrogar el periodo de prueba". Obsérvese, que aún cuándo no se menciona también es posible que por la escasa gravedad del incumplimiento de la obligación opte por mantener el beneficio en sus mismas condiciones.



¿Cómo se compagina esta propuesta con lo dicho en el Art. 46 LP donde se otorga al JVPEP competencias para resolver los incidentes referidos a la suspensión condicional de la ejecución de la pena?

Probablemente el legislador está pensando en aquellos incidentes que guardan relación con la ejecución de las cargas y obligaciones que pueden acompañar la suspensión (Art. 79 CP.) o con la suspensión extraordinaria (Art. 84 CP.). Sobre la base de estas incidencias en el cumplimiento de las obligaciones el JVPEP puede decidir la revocación del beneficio (Art. 37. 11 LP). Obsérvese que aún cuando el Juez de la Causa y el de Vigilancia pueden acordar la revocación del beneficio las causas en uno y otro supuesto son distintas.

Así pues, excede de las competencias del JVPEP conceder la suspensión condicional de la ejecución de la pena por estar expresamente reservada al órgano judicial que dicta el fallo ("La sentencia condenatoria determinará con precisión las penas que correspondan y, en su caso, determinará la suspensión condicional de la ejecución de la pena y las obligaciones que deberá cumplir el condenado" Art 361 CPP.). Esta solución que es buena en la medida que articula de forma sólida las relaciones de dos órganos judiciales en sus competencias respecto de una misma institución. Sin embargo, merece un juicio distinto si consideramos la propia dinámica de ambas instituciones judiciales. El Juez que dicta la sentencia está "contagiado" por la causa penal, en cambio, el de vigilancia, no; de forma que no es el más indicado para resolver un aspecto que debe mirar hacia delante, hacia las posibilidades resocializadoras que pueden lograrse mediante la concesión del beneficio, y no, hacia atrás, es decir, valorando preferentemente el delito cometido.

Otra cosa sucede con la suspensión extraordinaria ya que su concesión, si que corresponde al JVPEP Esta competencia aquí y no, en cambio, en la suspensión condicional tiene una lógica ya que el aplazamiento que implica la suspensión extraordinaria puede tener lugar en cualquier momento durante la ejecución, luego, como en el caso de la libertad condicional ya nos encontramos ante un instituto que tiene naturaleza penitenciaria, por lo que decidir sobre él corresponde al JVPEP.

En efecto la suspensión extraordinaria de la ejecución de la pena del Art. 84 CP. está fundada en razones estrictamente humanitarias. Contempla este precepto dos posibilidades de suspensión en función de la duración de la pena de prisión impuesta. Si la condenada esta embarazada y la pena es inferior a tres años la pena puede quedar suspendida hasta un año. Cuando la pena es superior a los tres años, la suspensión adquiere ya unos tintes de excepcionalidad y sólo puede hacerse por un periodo de hasta seis meses. La suspensión en estos casos estará fundada en los "daños de magnitud extraordinaria" que para el condenado o su familia pueda significar el cumplimiento inmediato de la pena. Pero, aún concurriendo estas circunstancias, la pena no será suspendida si de la suspensión se derivan consecuencias negativas para la víctima o sus familiares.

☛ VISITAS DEL JVPEP A LOS CENTROS PENITENCIARIOS

La periodicidad de las vistas penitenciarias. ¿Cómo establecerlas?

Entre las competencias del JVPEP señala el Art. 37. 9 LP que estos deberán realizar visitas periódicas a los centros penitenciarios y entrevistarse personalmente, con los internos que lo soliciten, dentro de su jurisdicción territorial.

La visita a los establecimientos es una de las instituciones históricas que han sobrevivido en el mundo de las prisiones y han cambiado radicalmente el sentido que tenía en sus orígenes. Cuando las cárceles eran un mundo cerrado en el que había una absoluta ausencia de los controles estatales, el único vínculo en el mundo del derecho con ellas era por medio de unas visitas formalizadas y anunciadas con anterioridad suficiente en las que el poder judicial hacía acto de presencia con la única finalidad de confirmar su permanente ausencia de las prisiones.

En la medida que el Derecho ha ido ganando protagonismo en los establecimientos penitenciarios las visitas se han convertido en un instrumento imprescindible a través del cual el JVPEP cumple con sus atribuciones y la justicia cumple con el principio de inmediatez. En cualquier otra jurisdicción las visitas judiciales carecen de justificación. Ni el Juez de familia visita periódicamente los matrimonios, ni el de lo social las empresas para controlar la legalidad. Sin embargo, el característico hermetismo de las prisiones y la facilidad con que se coacciona y amenaza a los internos para imponerles una ley del silencio, en un mundo en donde las carencias y el abandono hacen fácil el funcionamiento de las mafias son las poderosas razones que recomiendan mantener en vigencia las visitas judiciales a los centros penitenciarios.

El JVPEP a través de la visita, debe conocer las prisiones que están bajo su jurisdicción y sus normas de funcionamiento. Debe comprobar que se cumpla con las exigencias legales en cuanto a salud, sanidad, alimentación, higiene, trabajo, educación, tratamiento, etc. Pero más allá de esta misión general de la visita, los JVPEP en los encuentros con los internos, que lo soliciten, podrán escuchar a éstos en plena libertad asegurándole la absoluta confidencialidad de sus declaraciones. Los reclusos podrán interponer quejas y reclamaciones orales y podrán testificar sobre procedimientos ya abiertos, podrán servir para contrastar informaciones de la vida del centro, obtenido por otras fuentes, y podrán, por último, comprobar que a la justicia le preocupa el cumplimiento del derecho también cuando se trata de personas que han sido condenadas por la comisión de un delito. En la visita judicial hay, por tanto, una función pedagógica de respeto al derecho que puede tener una misión inestimable en los procesos de reinserción en la comunidad jurídica.

Pero la visita judicial no debe limitarse a la entrevista con los internos, sino que en muchas ocasiones será recomendable que la misma se haga también con los funcionarios del centro a fin de recabar información que los fríos expedientes no ofrecen sobre como sucedieron unos determinados acontecimientos.



Por estas razones la periodicidad de las visitas es imposible de predeterminar. Las visitas judiciales deben realizarse al libre albedrío del JVPEP. Será más frecuente en épocas de conflictividad, en establecimientos conflictivos o en centros de grandes dimensiones. En todo caso, los JVPEP deben acordar una frecuencia para girar visitas periódicas a los centros, que salvo casos excepcionales se debe procurar que sea semanal.

En relación con esta cuestión se ha suscitado por algunos penitenciaristas la conveniencia de que los JVPEP tengan sus oficinas dentro de los propios establecimientos penitenciarios. Semejante opción no nos parece acertada, no sólo porque frecuentemente los JVPEP tienen bajo su jurisdicción más de un centro, sino porque podría terminar confundiéndose al JVPEP con un órgano de la administración penitenciaria y contagiando a aquél de intereses distintos a los que corresponden a su función y haciéndole perder independencia.

☛ COMPETENCIA PARA ORDENAR TRASLADO DE INTERNOS

¿Pueden ordenar un traslado las autoridades administrativas penitenciarias?

El traslado de un interno de un centro a otro es una de las medidas regimentales más graves que pueden tomar las autoridades penitenciarias a lo largo de la ejecución de la pena. Las consecuencias positivas o negativas, según los casos, trascienden del ámbito penitenciario, pues el trasladado se puede ver favorecido por una aproximación a su familia y allegados lo que le asegura unas visitas y atenciones más frecuentes.

El legislador muestra una vez más una redacción intencionadamente ambigua cuando señala que “los traslados de los condenados podrán ser autorizados por el JVPEP, previo dictamen favorable del Consejo Criminológico Regional, y el de los detenidos provisionales por el juez de la causa...” La expresión “podrán” no excluye la posibilidad de que el traslado sea ordenado por la propia administración penitenciaria, además el Art. 37 LP tampoco menciona expresamente entre las competencias del JVPEP el traslado de internos. Ciertamente, que podría entenderse que la administración también puede ordenar traslados mediante la fórmula de la reubicación de urgencia. Sin embargo, la reubicación de urgencia no es propiamente un traslado porque responde a unas causas excepcionales, legalmente previstas, y porque tiene una duración temporal limitada. Incluso, entre las funciones del Director no se mencionan las de ordenar traslados, sino la de coordinarlos y agilizarlos (Art. 141 I RGLP).

A pesar de la trascendencia que tiene para los internos, el traslado no puede ser competencia exclusiva de los órganos judiciales. La Administración Penitenciaria necesita disponer de esta capacidad de decisión siempre que no se lesionen los derechos de aquellos para solventar necesidades penitenciarias innegables, tales como puede ser clasificación interior, masificación coyuntural, aproximación familiar, ofertas laborales, etc. Los traslados pierden gran parte de su versatilidad si desplazamos a los

jueces la capacidad de decidir sobre ellos con carácter exclusivo. Por otra parte, en algunas ocasiones los jueces no tienen un conocimiento de la situación del establecimiento y de las relaciones informales entre los internos, de manera que un traslado de acuerdo con la legalidad puede resultar penitenciariamente improcedente. Para evitar estas situaciones de riesgo se ha buscado como solución introducir el requisito del informe favorable del Consejo Criminológico Regional (Art. 91.2 LP) con la intención de evitar que el traslado sea decidido exclusivamente por el juez. Pero esta fórmula tampoco nos parece buena, pues con ello parece situarse al Juez de Ejecución de Penas en un rango inferior con respecto a la administración a la hora de tomar decisiones.

Ante la falta legal de un traslado ordenado por la administración, se termina favoreciendo que la reubicación de urgencia se convierta de hecho en un traslado administrativo normalizado frente al traslado judicial y pierda poco a poco su carácter de urgencia. El abuso de esta modalidad de reubicación provoca un efecto perverso, ya que su excepcionalidad aún cuando no siempre se constate en la práctica, ha hecho recomendable un procedimiento de urgencia en el que las autorizaciones se convierten en aprobaciones a posteriori, perdiendo el interno trasladado garantías importantes.

En estas circunstancias conviene recordar cuáles son las características que deben concurrir para que las autoridades penitenciarias puedan ordenar una reubicación de urgencia. Dos son los requisitos que exige el legislador: el primero de ellos es que exista "un motín, una agresión física con arma u objeto peligroso, riña tumultuaria, toma de rehenes o cuando exista amenaza en contra de la vida e integridad del interno o cuando se dé intento de evasión, mediante violencia" (Art. 257 RGLP). Cualquiera de estas circunstancias u otras de similar gravedad en la que se pone en peligro la vida o integridad de las personas, es un requisito necesario, pero no suficiente. A él hay que añadir aún otro más, que se deriva de la misma denominación legal "reubicación de urgencia"; en efecto, debe mediar urgencia, es decir, cualquiera de las circunstancias concurrentes no ha sido resuelta y amenaza por generar nuevos daños. Si los actos de violencia han sido neutralizados, no previéndose que puedan brotar otros nuevos, los traslados que correspondan aplicar, deben hacerse por el régimen general de traslados con la autorización del JVPEP si se trata de un penado o del juez de la causa penal, si se trata de un preventivo.

Las causas que dan lugar a la reubicación de urgencia deben ser valoradas bien por el Director del Centro, bien por el Director General de Centros Penales. Se entiende que el primero intervendrá resolviendo personalmente cuando la urgencia sea de tal naturaleza que no sea recomendable esperar la resolución del órgano superior.

FACULTADES DEL JVPEP PARA PRORROGAR, MODIFICAR Y REVOCAR LOS PERIODOS DE PRUEBA.

Una vez enviada la certificación al JVPEP se entiende que el Condenado se encuentra a la orden del mismo, ya que el Art. 37 LP le da



esa facultad, pero en muchos casos los jueces a partir de la interpretación del Art. 81 CP. en relación con el Art. 441 CPP entienden que son ellos los que tendrán la facultad de prorrogar, modificar y revocar el período de prueba; interpretación errónea pues como ya se dijo es el JVPEP el competente para aplicar el Art. 81 CP.

El contenido del Art. 441 del CPP está en contradicción formal con el Art. 6 LP mientras que este declara como principio general que toda pena “se ejecutará bajo el estricto control del JVPEP”, el segundo señala “que las resoluciones judiciales serán ejecutadas por el juez o tribunal que las dictó”. Esta aparente contradicción se resuelve a nivel de principios en el propio Art. 441 CPP en el que fiel a las exigencias del principio de especialidad desplaza la prevalencia de las competencias del juez o tribunal sentenciador a favor del JVPEP siempre que así esté previsto por la Ley Penitenciaria, que es ley especial.

De manera que las competencias de los Jueces de Vigilancia en relación con la ejecución de las penas son las que se enumeran en el Art. 37 LP, que se erige en una suerte de carta magna competencial de esta jurisdicción. La claridad y precisión terminológica de este precepto no está en consonancia con su trascendencia para la ejecución de las penas. En relación al tema que nos ocupa, es decir, determinar las competencias del JVPEP en las cuestiones de las formas sustitutivas y suspensivas de la ejecución, vuelve a aflorar una contradicción con el Código Penal, al que se remite. El Art. 37. 11 LP dice que el JVPEP controla “el cumplimiento de las condiciones o reglas de conducta impuestas para gozar de alguna de las formas sustitutivas de la ejecución de la pena de prisión, y revocar el respectivo período de prueba, de conformidad con lo establecido en el Código Penal”. Sin embargo, el Código Penal ni prevé que las sustituciones -entiéndase, reemplazo- se acompañen de condiciones o reglas, ni tampoco establece período de prueba para este instituto. Ambas sólo se prevén para las suspensiones y la libertad condicional en los Arts. 79 y 81 CP., respectivamente. Además las competencias de conceder el reemplazo corresponden, según el Código, exclusivamente, al Juez o Tribunal.

La confusión probablemente arranca de que bajo un epígrafe general “de las formas sustitutivas de la ejecución” (Cap. IV. Tit. III CP.) Se recogen figuras diversas, no sólo las que son propiamente sustitutivas, sino también aquellas que son suspensivas.

Así las cosas es lógico que en la praxis se tienda a confundir estas condiciones o reglas con las penas reemplazadas. Sin embargo, son institutos distintos, mientras que las primeras no son penas en un sentido estricto por más que comporten una restricción para el ejercicio de determinados derechos, las segundas sí.

En consecuencia, la ejecución de estas últimas y sus incidencias no difiere de las mismas cuando son impuestas originariamente y no por reemplazo.

En cambio, el cumplimiento de las condiciones o reglas que acompañan a la libertad condicional y las formas suspensivas tienen un régimen específico, su vigencia

está dependiendo de un periodo de prueba subyacente que es a todos los efectos periodo de ejecución de penas. Precisamente, por esta razón la administración está legitimada para obligar a cumplir con ellas al condenado.

Dicho lo anterior hemos de concluir reconociendo que la revocación del periodo de prueba, que es tanto como decir la competencia para decidir su ampliación, es compartida por los jueces de vigilancia y los jueces o tribunales de causa por incumplimiento de las referidas condiciones o reglas (Art. 81 CP.). El JVPEP tiene una misión ambivalente: por una parte, debe controlar a través de los miembros del Departamento de Prueba y Libertad Asistida que el condenado cumple puntualmente con la obligación impuesta, los cuales, en caso contrario, informarán a aquél de la incidencia para que resuelva sobre la revocación o no del periodo; por otra parte, tienen que elevar los correspondientes informes ante el juez o tribunal de la causa para que este resuelva lo que proceda en torno a la revocación del beneficio o modificación de las obligaciones impuestas. Esta dualidad se explica por la diversidad de forma y contenidos que pueden presentar las obligaciones, algunas de las cuales no llegará a ser conocidas por el JVPEP, cuando por ejemplo se trate de obligaciones de control, como pueden ser las meras personaciones periódicas ante el juzgado.

TEMA III. LIBERTAD CONDICIONAL Y SUSPENSION CONDICIONAL DE LA EJECUCION DE LA PENA.

☞ PROCEDIMIENTO DEL JVPEP PARA OTORGAR LA LIBERTAD CONDICIONAL Y EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD.

Si un Juez de Instrucción ha impuesto en Sentencia Definitiva una pena inferior al mínimo legal establecido para el Delito. ¿Cuál sería el procedimiento que debe seguir el JVPEP?, ¿Infringe el Principio de Legalidad de la Pena?.

Se entiende que no nos encontramos ante un supuesto de mera errata en la transcripción de los contenidos de la sentencia al pasar de una instancia a otra, sino que se trata de un auténtico error de hecho sufrido por el juez o tribunal que dictó la misma. De ser lo primero, lo que corresponde hacer es sencillamente proceder a la modificación del texto a partir de la instancia en la que se cometió el error. Así pues, entendemos que nos encontramos ante un caso en el que el Juez o Tribunal ha empleado erróneamente una fundamentación de derecho que le conduce a la imposición de una pena por debajo de la que prevé la ley.

El Art. 1 CP. incorpora al Sistema Penal el llamado principio de legalidad penal, según el cual nadie “podrá ser sometido a penas o medidas de seguridad que la ley no haya establecido con anterioridad”. El caso que se recoge en la pregunta, sin embargo, no constituye un supuesto de infracción de este principio cuando las penas, la efectivamente impuesta, menor, y la que corresponde imponer de acuerdo con el código, más



grave, resultan de la misma naturaleza. En efecto, en la medida que, por ejemplo, una pena de diez días multa está dentro de una pena de veinte días multa, si un juez impuso la primera, cuando debió de imponer la segunda de acuerdo con la ley, se puede decir que salvo que se interponga un recurso con efecto suspensivo por cualquiera de las partes legitimadas para hacerlo no hay inconveniente en cumplir la misma hasta donde fue efectivamente impuesta con todas las garantías procesales. Una pena de dos años de prisión es legal si el Código castiga el supuesto de hecho con prisión de tres años.

Distinto podría ser cuando se trata de penas de prisión y ha resultado impuesta efectivamente con una magnitud inferior a la que establece la ley. En estos casos la solución deberá considerar si el hecho de que la pena sea inferior a la que establece la ley puede tener una repercusión sensiblemente negativa para el penado en el ámbito de su ejecución. En algunas legislaciones quienes cumplen una pena de prisión pueden acceder a ciertos beneficios sólo cuando la pena adquiere una determinada dimensión. Así, nuestro Código Penal señala que sólo pueden acceder a la libertad condicional quienes han sido condenados a penas de prisión no inferiores a los tres años (Art. 85 CP). Por ejemplo, a la hora de distribuir los puestos de trabajo en la prisión se da prioridad a aquellos cuyas condenas son más elevadas. Esto no es ninguna incoherencia ya que las instituciones penitenciarias responden a razones de resocialización y se entiende que quienes van a estar un periodo más largo de tiempo en prisión demandan o tienen más necesidad de una ocupación. En otros casos este mismo criterio de la duración de la pena se toma en cuenta para acceder al sistema progresivo o a la obligación de ser trasladado a un determinado establecimiento que resulte subjetivamente más perjudicial para el reo. A pesar de todo salvo en aquellos casos en los que la circunstancia de la duración determine un modelo de ejecución sustancialmente más grave, si ninguna de las partes, especialmente el Ministerio Fiscal o la Acusación Particular, no ha interpuesto el correspondiente recurso, la pena deviene firme, legal y procede a su cumplimiento.

Cualquier otra solución haría recaer sobre el justiciable la carga de los errores de la justicia.

No obstante, interesa hacer aquí una reflexión sobre los mínimos legales. En efecto el Código prevé para algunas penas unos mínimos legales que responden a distintas razones de política penal, a veces por considerar, como en el caso de la prisión, que las estancias cortas no cumplen ninguno de los requisitos preventivos del Sistema Penal, en otras ocasiones porque la complejidad de la ejecución sólo está compensada para penas de cierta gravedad, como sucede con la pena de trabajo de utilidad pública. Ahora bien, en estos casos si a consecuencia de aplicar las reglas de determinación se sobrepasan a la baja de los límites mínimos, esto no necesariamente convierte esta pena inferior a dichos límites mínimos en ilegal. Ya que por encima de esa cuestión formal de los límites, concurren más poderosas razones de justicia material que obligan a los tribunales a tener en cuenta las circunstancias atenuantes que pudieran concurrir en el hecho a favor del reo, el cual adquiere un derecho a que se consideren las mismas en la determinación de su responsabilidad penal.

☛ REVOCATORIA DE LA LIBERTAD CONDICIONAL.

Una persona se encuentra en el período de prueba por haber sido beneficiada con la Libertad Condicional o de Libertad Anticipada, pero le es revocada por la comisión de otro delito (Art. 90 CP.). Sin embargo, por este nuevo delito es sobreseída definitivamente. ¿Cómo resolver en el caso que solicite seguir gozando del beneficio que se le revocó?.

Las causas de revocación de la libertad condicional aparecen recogidas en los Arts. 89 y 90 CP., en este último se asocia la revocación al incumplimiento de las obligaciones que hayan podido ser impuestas en base al Art. 79 CP., mientras que en el primero se quiere destacar por el legislador la obligación más importante que adquiere el condenado en el periodo de prueba que es la no comisión de un nuevo delito doloso. En caso de que se vuelva a cometer se revocará el beneficio “sin perjuicio de que si resultare sobreseimiento definitivo, el favorecido podrá seguir gozando del beneficio expresado”. Esta última cláusula es suficiente para resolver la cuestión planteada. En el supuesto de que se revocase una libertad condicional porque el sujeto haya cometido un nuevo delito doloso en el periodo de prueba, el JVPEP ordenará la revocación y el ingreso de nuevo en la prisión y si aún se encuentra cumpliendo la condena anterior cuando es sobreseído por la causa penal que determinó la revocatoria, corresponde volver a otorgar la libertad condicional.

Ahora bien, el Art. 89 CP. se redacta por el legislador en términos potestativos. Y, en efecto, no podría ser de otra manera ya que el beneficio se ha revocado, que es tanto como decir, que se ha perdido con carácter definitivo (“La revocatoria de la libertad condicional obliga a cumplir el resto de la pena...” Art 91 CP.). Para que esa persona pueda disfrutar de nuevo de la libertad condicional tendrá que hacerse merecedora de ella. Lo cual puede no suceder si durante el tiempo en que ha permanecido en prisión después de la revocatoria ha incumplido con alguno de los requisitos del Art. 85 CP.; por ejemplo, modificación de sus circunstancias personales o no haber observado buena conducta. Una nueva concesión debe ir precedida de los correspondientes informes del Consejo Criminológico Regional como si se tratara de la primera vez que se obtiene el beneficio. De esta manera el referido precepto es más útil en su función de asegurar que, a pesar de haber pasado por la condición de preso preventivo, se puede gozar de la libertad condicional, que para asegurar la obtención automática de ésta.

Sin embargo, la referida cláusula del Art. 89 CP., plantea un problema de más profundidad. En efecto, la revocación se produce no por la comisión de un nuevo delito doloso durante el periodo de prueba, sino porque “se decretare su detención provisional” a consecuencia de la comisión del mismo. Técnicamente la redacción normativa es confusa e incorrecta. Es confusa porque no sólo el sobreseimiento puede dar lugar a la obtención del beneficio nuevamente, sino también la absolución en sentencia, y es incorrecta porque la detención provisional sólo puede ir precedida de la imputación -no de la comisión- de un delito doloso.



La cuestión es saber cuándo estamos en condiciones de afirmar que una persona ha cometido un delito, si basta para ello que haya sido detenido por la policía, si es preciso que se le abra una causa penal o, por el contrario, es necesario que se produzca una sentencia condenatoria o, finalmente, la sentencia tiene que ser firme bien porque no han prosperado los recursos interpuestos, o bien porque no se han interpuesto recurso alguno por las partes.

El Art. 12 de la Constitución no parece ofrecer dudas en cuanto a cuál sea la respuesta más respetuosa con el principio de presunción de inocencia. Dicho precepto establece que “toda persona a quien se impute un delito, se presumirá inocente mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley y en juicio público, en el que se aseguren todas las garantías necesarias para su defensa”. Por su parte, el Art. 4 CPP. vuelve a recoger el mismo principio entre los que deben de inspirar el proceso penal. Y lo recoge en términos aún más rigurosos, de manera que “toda persona a quien se impute un delito, se presumirá inocente, y será tratada como tal en todo momento, mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley en un juicio público, en el que se aseguren las garantías del debido proceso. La carga de la prueba corresponde a los acusadores”. Nos interesa llamar la atención y destacar de este último precepto la referencia a “en todo momento”.

De manera que la revocación por la comisión de un nuevo delito doloso sólo sería posible si se produce una sentencia condenatoria firme.

Ahora bien, esta solución que nos parece la más respetuosa con los derechos constitucionales de las personas, debe hacerse compatible con las razones de prevención general. La sociedad no puede permitir que un individuo beneficiado por la libertad condicional esté cometiendo nuevos delitos durante el periodo de prueba, consciente de que la sentencia firme con mucha probabilidad se va a producir cuando dicho periodo haya concluido. Para salvar este problema cabe la posibilidad de acudir al conjunto de las obligaciones inherentes que pueden acompañar el beneficio. El Art. 87 CP. se remite al 79 del mismo cuerpo normativo y en este último en su numeral 4) se dice, a modo de cláusula residual, que entre las obligaciones puede imponerse “cualquier otra que fuese aconsejable conforme a las particulares circunstancias del caso”.

No existe obstáculo legal alguno que impida que el JVPEP, a la vez que otorga la libertad condicional imponga como condición mostrar una conducta resocializadora positiva o favorable, contrastada periódicamente mediante un control que programe y desarrolle el Departamento de Prueba y Libertad Asistida (Art. 39 LP). En este caso, si se entiende que dicha obligación resulta incumplida cuando el sujeto vuelve a cometer actos que manifiesten claramente que las expectativas que se pusieron en él y que justificaron la concesión del beneficio se han visto frustradas por su comportamiento social.

¿Es preciso que se aprecie la reincidencia o habitualidad como circunstancia agravante en la condena para negar la libertad condicional en base a lo establecido en el Art. 92 Lit. a del CP.?

El Art. 92-A incorporado al Código con el D.L. N° 703, del 9 de septiembre de 1999 señala que, entre otras razones, no se aplicará la libertad condicional a los reincidentes o habituales. Y, en su último párrafo considera reincidente o habitual al sujeto que cometa el hecho punible en las circunstancias establecidas en el numeral 16 del Art. 30 CP.

Esta disposición plantea además de la cuestión indicada en la pregunta, la de saber si es extensivo su contenido, también, a la libertad condicional anticipada, puesto que se menciona únicamente el Art. 85 y no el 86. A pesar de esto, entendemos que sería incongruente no aplicar la limitación a la forma más privilegiada de este beneficio y sí a la más restringida, cuando de lo que se trata es de introducir un mayor rigor punitivo en aquellos supuestos en los que a juicio del legislador el sujeto merece mayor castigo. Por otra parte, la libertad condicional anticipada, en cierta forma carece de autonomía y no puede aplicarse donde no quepa aplicar la otra (“que satisfaga las exigencias del artículo anterior”. Art. 86 CP).

La segunda de las cuestiones resulta de solución más compleja. Veámoslo con un ejemplo: una persona puede cometer un delito en enero del año 2001 y otro de la misma naturaleza en el mes de marzo del mismo año. Sin embargo, el orden de las sentencias puede no corresponderse con el de los delitos, de manera que la primera sentencia lo sea por el segundo delito y la segunda por el primero. En este caso ninguna de las dos sentencias habrá podido aplicar la reincidencia. En el caso de la primera porque aún no hay una sentencia firme anterior por ningún delito y la presunción de inocencia no permitiría una solución distinta. En relación con la segunda sentencia, porque, aunque existe una sentencia anterior, esta se refiere a un delito posterior, no se cumple la relación secuencial entre ambas infracciones necesaria para aplicar la agravante.

¿Sería entonces imposible de aplicar el Art. 92-A? ¿Accedería esta persona a la libertad condicional? Como hemos visto el precepto se refiere a “cometer el hecho punible en las circunstancias establecidas en el numeral 16 del Art. 30 de este Código”. A nuestro juicio, el condenado una vez firme las dos sentencias si es que cometió el hecho punible en las circunstancias de la reincidencia, es decir, cometió un delito seguido de otro de la misma naturaleza.

☛ LIBERTAD CONDICIONAL PARA UN EXTRANJERO.

Un interno ya condenado de nacionalidad extranjera, reúne los requisitos para gozar de la Libertad Condicional. ¿Cuál es el procedimiento a seguir y qué condiciones se le podrían imponer?.

En principio la condición de extranjero no sitúa a un condenado en peores condiciones de cara a obtener el beneficio de la libertad condicional, lo contrario, lesiona el derecho constitucional de igualdad ante la ley y sería una forma de discriminación (Art 3 Cn.). De hecho el legislador no menciona en ningún momento esta



circunstancia. No obstante, el Consejo Criminológico Nacional (Art. 31. 4) LP) o, en los casos que lo estime conveniente el JVPEP, los técnicos especializados (Art. 35.2 LP) deben emitir un informe favorable a la concesión en el que se fundamenta en razón de las variables concurrentes la oportunidad de conceder el beneficio.

Por lo general, en el derecho comparado los legisladores han huido de expresar en la ley cuáles son esas variables. En algunos casos se mencionan a modo de indicaciones abiertas, tales como estabilidad familiar, recursos económicos, puesto de trabajo, arraigo social, etc. Y en otros tan sólo se hace una referencia genérica a las mismas. Dentro de estas variables, indiscutiblemente, los técnicos deben considerar la condición de no nacional en la medida que ello pueda ser un dato que determine la disponibilidad del sujeto a los órganos judiciales para cumplir si fuera preciso con su responsabilidad penal pendiente. Considerar esta circunstancia no es un acto de discriminación del no nacional siempre que la misma esté fundamentada en los correspondientes informes del Consejo Criminológico desaconsejando la concesión por el peligro de fuga; distinto sería si fuera simplemente la condición de no nacional la que apoyase la resolución negativa.

No se trata, pues, de un requisito de carácter objetivo que, en caso de concurrir, impide disfrutar de la libertad condicional, sino de una variable que se tendrá en cuenta y se valorará junto con el resto de las que concurren.

En conclusión el procedimiento de libertad condicional para el extranjero no difiere del que se practica con el nacional.

Respecto de cuales pueden ser las obligaciones que se le pueden imponer, teniendo en cuenta que las mismas vienen redactadas en un catálogo abierto en el Art. 79 C.Cp, no habría inconveniente en que el Juez decidiera imponer entre éstas la de no abandonar el país o no aproximarse a los puertos fronterizos para asegurar que este no elude su obligación con la justicia.

Por último, en los casos de extranjeros que han sido condenados por la comisión de un delito en el territorio nacional, la administración penitenciaria está obligada a informarle de los posibles tratados -multilaterales o bilaterales- que El Salvador tenga suscrito con su país de origen y que le puedan beneficiar y, asimismo, ayudarle a que inicie los correspondientes trámites para obtener el beneficio.

☛ FACULTAD DEL JVPEP PARA OTORGAR LA SUSPENSIÓN CONDICIONAL DE LA EJECUCIÓN DE LA PENA.

En ocasiones el JVPEP se encuentra con que un interno es penado a tres años por el Juez de Sentencia y éste no se pronuncia sobre si puede gozar del beneficio de la Suspensión Condicional de la Ejecución de la pena, ni tampoco manifiesta en la sentencia que puede acceder a

penas alternativas a la prisión. El JVPEP al recibir la certificación de dicha sentencia se ve limitado de conformidad al artículo 37 LP a practicar el cómputo, esperar el cumplimiento, y verificar si se cumplen los requisitos para otorgar la libertad condicional.

En efecto nuestro Código Penal dispone de una serie de instituciones empuñadas en evitar las estancias cortas en la prisión, llevando a un extremo las exigencias de prevención especial en detrimento de las de prevención general. No se trata propiamente de alternativas a la prisión, sino de instrumentos jurídicos puestos a disposición de la Administración de Justicia para que los jueces puedan, paleándolos, reducir la ejecución material de esta pena. Sin embargo, en este conjunto de instrumentos que podemos denominar con carácter general formas sustitutivas y suspensivas de las penas privativas de libertad, podemos hacer una importante diferenciación según que se trate de instrumentos que inciden en los primeros momentos de aplicación de la pena de prisión o bien instrumentos reservados para actuar en las últimas fases. De los primeros forma parte el reemplazo (Art. 74 CP.), la suspensión ordinaria (Art. 77 CP.), y la suspensión extraordinaria (Art. 78 CP.); de los segundos las dos modalidades de libertad condicional, la ordinaria y la anticipada (Arts. 85 y 86 CP.).

Las decisiones relativas al primer grupo corresponden al juez o tribunal que dicta la sentencia; mientras que las correspondientes al segundo son competencia del JVPEP. Esta dualidad de competencias tiene su justificación en la mayor información de que dispone el JVPEP sobre quienes ya han pasado un tiempo privados de libertad en un centro penitenciario a los efectos de concederle el beneficio. El asesoramiento del Consejo Criminológico Nacional aporta la información técnica precisa para ese menester.

Las dudas se pueden plantear sobre la oportunidad de la decisión del legislador de otorgar las competencias del beneficio de la suspensión al juez o tribunal que impuso la sentencia en vez de al JVPEP. Con razón se ha dicho que aquéllos se encuentran contagiados en la objetividad de su decisión por el conocimiento del delito cometido y sus circunstancias. No cabe la menor duda de que en la decisión de otorgar o no una suspensión debe tenerse en cuenta entre otras variables el delito cometido, pero este pesa de una manera desproporcionada en la información de que dispone el órgano judicial competente para imponer la sentencia y conduce irremediabilmente a un uso muy restringido de dicho beneficio. Nos parecería mucho más acertado que también en relación con las suspensiones y el reemplazo fuera el JVPEP quien tuviera que decidir.

Pero en todo caso éstas son unas consideraciones que se pueden hacer de cara a una reforma de la ley, mientras tanto es evidente, porque así lo señala expresamente el Código Penal que sólo el juez o tribunal que dicta la sentencia puede conceder el reemplazo o alguna de las formas de suspensión de la ejecución de la pena.



Por otra parte, debe destacarse que ninguna de estas opciones sustitutivas o suspensivas se tienen que conceder automáticamente una vez que concurren los requisitos objetivos, como puede ser una condena a una pena de menos de tres años. Por el contrario, ello es necesario pero no suficiente.

☛ ATRIBUCIONES DE LOS CONSEJOS CRIMINOLÓGICOS.

La Libertad Condicional Anticipada, tiene limitada su aplicación desde que entraron en funcionamiento los Consejos Criminológicos Regionales ya que de conformidad con el Art. 31 LP; son éstos los que proponen al JVPEP los condenados que reúnen los requisitos que establece el Código Penal para que pueda gozar del beneficio de la libertad condicional anticipada.

Incumplimiento de plazos en el envío de informes por parte de los CCR del país, en cuanto a dictámenes conductuales, informes o propuestas, ya sea de oficio o a petición, referidos a niveles conductuales, de participación y tratamiento brindado, esto ocasiona retraso en la tramitación y curso de expedientes de muchos internos que son merecedores de beneficios según la ley.

Los informes remitidos por los CCP. son deficientes en la información, el JVPEP se ve ante la problemática de tener que otorgar el beneficio sin un verdadero fundamento que justifique la concesión del beneficio, generándose en muchos casos arbitrariedades, ya que no existe un criterio uniforme.

Algunos JVPEP no otorgan el beneficio por no reunir los requisitos para ser considerado como una propuesta, como lo requiere el Art. 31 No.4 LP, lo que trae como consecuencia una aplicación desigual de acuerdo al criterio del Juez y en muchos casos este informe se ha considerado como una simple formalidad.

En efecto se observa con preocupación tanto en el derecho comparado como en el nacional que la legislación da prevalencia a las decisiones de la administración penitenciaria frente a las del JVPEP en relación con estas concesiones en un doble sentido.

En primer lugar, exigiendo que en los casos de libertad condicional anticipada, el informe de solicitud venga instado por los Consejos Criminológicos, de manera que ni el interesado, ni el Juez de oficio puede iniciarlos y, en segundo lugar, la Ley Penitenciaria introduce una fórmula ("previo informe favorable del Consejo Criminológico Nacional" Art. 85 CP.), que exige siempre que el informe del CCR sea positivo, como requisito para que el Juez pueda resolver en uno u otro sentido.

Se trata de una prueba de desconfianza institucional injustificada que se ha mostrado innecesaria y obstructiva en la práctica ya que un JVPEP no difiere considerablemente en sus decisiones de los informes del Consejo Criminológico. Por el contrario, añade a éstos una garantía de imparcialidad que no siempre se evita cuando resuelven los propios órganos de la administración penitenciaria, los cuales, a veces,

confunden estas instituciones resocializadoras con instituciones premiales guiadas por criterios de disciplina.

Con una lamentable frecuencia se observa en los distintos países en los que se emplea el sistema mixto de concesión de los beneficios penitenciarios que una y otra institución, jueces y técnicos, hacen valer su mejor capacidad para asegurar que aquéllas se van a otorgar con éxito y objetividad.

Los jueces suelen imputar a los técnicos de la administración penitenciaria que claudican a los intereses del centro y convierten los benéficos penitenciarios y en concreto la libertad condicional en un instrumento para asegurar la disciplina, olvidando que no se trata con ellos de conseguir buenos reclusos, sino buenos ciudadanos.

Por su parte los técnicos demuestran con estadísticas que entre las concesiones que no van respaldadas con su informe son más frecuentes los actos de reincidencia.

Ambas afirmaciones son ciertas y exageradas a la vez. Pero precisamente, por ser ciertas es por lo que el mejor de los modelos para conceder estos beneficios es el modelo mixto, en donde se asegura objetividad y fiabilidad. Lo primero lo aporta la decisión judicial, lo segundo el informe criminológico.

En todo caso, está fuera de dudas que el informe del Consejo Criminológico sólo es vinculante en un sentido negativo, pero no positivo, de manera que aún siendo favorable a la concesión de dicho informe, el Juez puede negarla por otras razones.

La concesión de la libertad condicional se resuelve mediante un sistema mixto, con participación de órganos judiciales y administrativos. Efectivamente, esta dualidad puede dar lugar a un procedimiento más lento que no siempre es imputable a la administración ya que a veces ésta no puede iniciar los trámites legales por no tener completo el expediente del interesado, concretamente, por faltar las copias de certificación de sentencia y cómputo que deben remitir los jueces.

Pero también la tardanza, en otras ocasiones, se debe al retraso de la administración en iniciar el trámite o en la remisión de los correspondientes informes conductuales.

A pesar de esto la conjunción de ambas instituciones en la concesión de un beneficio de la importancia de la libertad condicional, en la que el condenado materialmente deja de cumplir la pena, recomienda este sistema mixto con un control técnico-jurídico. La mejor coordinación entre ambas instituciones con el transcurso del tiempo demostrará estas ventajas.

Tan sólo sería recomendable que una reforma legislativa permitiera que uno u otro órgano, el JVPEP y el Consejo Criminológico, correspondiente, o, incluso, el



propio interesado pudieran instar la iniciación del expediente de libertad condicional una vez que se dan los requisitos objetivos.

Merece una reflexión el escaso tiempo que concede el legislador a los Consejos Criminológicos Regionales para elevar sus informes correspondientes al JVPEP a los efectos del expediente de la Libertad Condicional común. De acuerdo con el Art. 51 LP ésta puede ser solicitada por el propio JVPEP o por el interesado, en estos casos los Consejos deben emitir un informe, los cuales deben rendirse “en un término perentorio que no excederá de las veinticuatro horas hábiles siguientes” (Art. 51 LP). Semejante plazo para una resolución del alcance de ésta que sirve casi de único apoyo al JVPEP a los efectos de conceder o no la libertad condicional resulta cuando menos sorprendente y sólo cabe pensar que o bien el legislador no valora la importancia de los mismos o ignora la dificultad que entraña realizar una valoración de personalidad en la que debe constar datos conductuales, de pronóstico, personalidad, comportamiento, y de capacidad para asumir pautas para su desenvolvimiento en la sociedad, etc. Si a estas dificultades añadimos otras de carácter organizativo, que son frecuentemente denunciadas por los Consejos tales, como expedientes incompletos, confusiones de internos procesados por condenados, dificultades de desplazamientos y de recepción de datos y falta de personal de apoyo y de recursos, el plazo de veinticuatro horas se nos antoja absolutamente imposible de cumplir.

☞ PERIODO DE PRUEBA DE LA SUSPENSIÓN Y LIBERTAD CONDICIONAL

Fijación del Período de Prueba. Dentro de ésta, en algunas ocasiones se fija un período de prueba menor al regulado en el Art. 77 CP.; no se dice cuál es el período o no se dice cuándo inicia el mismo.

El periodo de prueba que acompaña a la suspensión y a la libertad condicional tiene una doble misión. Por una parte, permite observar de una manera mas estrecha el comportamiento de la persona durante el mismo; y, por otra, se le somete durante dicho tiempo a la presión de la amenaza penal pendiente para que sirva de estímulo para iniciar una integración en la vida social y familiar. Estas dos metas se traducen en criterios que debe de considerar el juez a la hora de fijar la duración del periodo de prueba y dan idea de la importancia del mismo.

El Art. 77 CP. señala que los jueces tendrán en cuenta las circunstancias personales del condenado, las del hecho y la duración de la pena y determinará un periodo de prueba[b46] comprendido entre los dos a cinco años. A falta de una indicación expresa se debe entender que tanto los criterios para fijar el periodo de prueba, como los topes máximo y mínimo del mismo son coincidentes para la suspensión condicional ordinaria como para la extraordinaria (Art. 78 CP.). Estimamos correcta la selección de los criterios ya que si con el primero de ellos se atiende a las pretensiones del periodo de prueba, mencionadas en el apartado anterior, con el segundo y tercero, se respeta el Principio de Proporcionalidad.

La praxis ha demostrado que en ocasiones los periodos de prueba resultan tan dilatados y las obligaciones que acompañan a la suspensión, tan gravosas en comparación con la sanción que los condenados prefieren finalmente, cumplir la pena impuesta. Para evitar esto, algunos Códigos Penales han circunscrito la discrecionalidad judicial y han establecido una escala de penas, asignando a cada una de ellas distintos segmentos dentro del marco general de los dos a los cinco años.

En todo caso es conveniente que los jueces motiven su resolución y fundamenten la duración del periodo de prueba en base a las circunstancias personales del condenado. En los casos en que el Juez de la causa no determine uno o se limite a reproducir los márgenes que indica el Código Penal, dicha irregularidad no debe perjudicar al condenado, por lo que se entenderá la omisión en su favor y se establecerá el tope mínimo.

Respecto al momento en que se inicia el cómputo de dicho periodo debe considerarse que el mismo entraña un conjunto de obligaciones para el condenado que no pueden ser virtuales hasta tanto el mismo tenga conocimiento de ellas. Así si la concesión del beneficio tuvo lugar con posterioridad a la notificación de la sentencia, será cuando se notificó aquél y no ésta cuando se tome como inicio del periodo de prueba.

☛ PRESENTACIÓN DEL CONDENADO AL JVPEP.

Algunos jueces confunden o creen que con imponer la condición de presentarse al Juzgado de Vigilancia Penitenciaria y de Ejecución de la Pena en una fecha de inicio y finalización están determinando el Periodo de prueba. lo cual desde nuestro punto de vista el presentarse es una condición más del Art. 79 CP. distinto al Periodo de Prueba.

El periodo de prueba debe determinarse con exactitud, de fecha a fecha, siguiendo para su cómputo, a falta de una regulación expresa, las reglas generales del Código Civil. No obstante, si una sentencia concede la suspensión y señala solamente como obligación para el condenado la de personarse periódicamente -diaria, semanal o mensualmente- en el juzgado y se concreta la fecha a partir de la que deben iniciarse las personaciones y la fecha en que deben concluir éstas, se entiende que implícitamente se está señalando la duración del periodo de prueba.

Respecto a la posibilidad de imponer como obligación exclusivamente la personación en el juzgado, parece que el Art. 79 CP. no se opone a ello, sino más bien lo contrario. Hemos señalado que las obligaciones se dividen de acuerdo con su finalidad en obligaciones resocializadoras y de control. Unas están expresamente recogidas en el mencionado precepto y, otras, no. Pero es precisamente esa la misión que tiene la cláusula general cuarta con la que termina el artículo, la de permitir al juez que no desaproveche la imposición de una obligación durante el periodo de prueba, si se entiende que la misma puede beneficiar al reo de acuerdo con sus circunstancias personales.



En aquellos casos en los que el juez de la causa tiene dudas sobre el uso que el reo puede hacer de la libertad que se le concede dentro de la suspensión o piensa que se corre el riesgo de una fuga, resulta muy conveniente someterlo a un control, como puede ser el de la personación, aún cuando no se halle expresamente recogido en el Art. 79 CP.

☛ OBLIGACIONES PARA LA SUSPENSIÓN CONDICIONAL DE LA EJECUCIÓN DE LA PENA.

Falta de precisión en la fijación de obligaciones inherentes a la Suspensión. Se fijan condiciones diciendo únicamente "...las establecidas en el Art. 79 del Código Penal...", sin especificar a que lugares no debe concurrir el beneficiado; o se impone finalizar escolaridad a personas que ya lo han hecho y únicamente se pronuncian diciendo que se sujetará el beneficiado a las condiciones que determine el JVPEP.

No existe una relación directa de las condiciones con el delito o circunstancias personales del infractor. Ej. Se impone la abstención de bebidas embriagantes a personas que nunca lo han hecho. Finalizar escolaridad a señoras de 60 años.

La diversidad de obligaciones que pueden imponerse de acuerdo con el perfil del condenado hace inimaginable su catalogación cerrada dentro de un sólo precepto del Código Penal. Vemos que en otros países se han impuesto obligaciones tan dispares como limpiar el campo, cuando el delito cometido atentó contra el medio ambiente o ayudar a reparar los daños causados en el mobiliario de la ciudad cuando se trata de jóvenes castigados por destrozos urbanos o asistencia a cursos de educación vial o sexual, etc. La relación de obligaciones recogidas en el Art. 79 CP. debe considerarse meramente indicativa. Más importancia tiene, en cambio, lo establecido en el Art. 80 CP., en el que se señala que el juez o tribunal no podrá imponer condiciones cuyo cumplimiento sea vejatorio para el condenado o susceptible de ofender su dignidad o estima, atentar contra su intimidad o sus convicciones. Más allá del respeto a estos derechos constitucionales y, por supuesto, al principio de proporcionalidad es conveniente que los legisladores dejen abierta la puerta a la imaginación de los jueces y a los recursos concretos que se le ofrecen para que sean éstos los que atendidas las circunstancias del caso y de la persona concreten las obligaciones a imponer.

En conclusión, la cláusula final que permite al juez o tribunal imponer "cualquier otra (obligación) que fuese aconsejable conforme a las particulares circunstancias del caso" (Art. 79.4 CP.) lejos de infringir el principio de legalidad responde a un compromiso legal de coherencia con los fines preventivo especiales que tienen las obligaciones asociadas a la concesión del beneficio.

A pesar de que la redacción de los Art. 78 y 79 CP. parece indicar otra cosa, la concesión de la suspensión no va inevitablemente asociada a la imposición de una

obligación. El epígrafe del Art. 79 CP. "obligaciones inherentes a la suspensión" debe entenderse en sus justos términos, son las obligaciones las que tienen necesariamente que ir precedidas de la concesión, pero no a la inversa. Esto debe ser así por varias y poderosas razones. La primera de ellas es que el juez, frecuentemente, en el momento de conceder el beneficio no cuenta con medios para imponer una obligación que responda a las necesidades del condenado, de manera que si se entiende que es obligatoria su imposición terminaríamos cayendo en una especie de rutina burocrática de imposición de obligaciones que ya se saben no van a ser cumplidas, tan inútil, como pernicioso. El juez puede conceder la suspensión y no ser necesaria que se acompañe de ninguna obligación cuando se trata de un condenado con un alto grado de inserción social; o puede conceder la suspensión y aún cuando fuese recomendable que el condenado asistiera a un determinado curso de educación vial no puede obligarle a ello, por la sencilla razón de que no existen tales cursos.

En segundo lugar, no tiene fundamento legal aquellas interpretaciones de estos preceptos en el sentido de que obligan al juez o tribunal a imponer una de cada una de las obligaciones recogidas en los distintos apartados del Art. 79 CP, el propio precepto señala que las obligaciones se elegirán "entre las siguientes" que recoge.

Entiendo que debido a que en la praxis judicial se han aplicado automáticamente las obligaciones los jueces se ven impulsados a señalar con carácter genérico la imposición de las mismas, lo cual desplaza indebidamente las competencias al JVPEP y dan lugar a un cierto escepticismo respecto de la utilidad y aplicabilidad de las mismas. Sin embargo, las obligaciones es una garantía de que la suspensión no se termine convirtiéndose en una concesión gratuita injustificada de la que se hace acreedor todo aquel que es condenado a penas de prisión por debajo de los tres años. Téngase en cuenta que sin llegar a ser penas algunas de las obligaciones cumplen una función coercitiva de control. Así de las que aparecen recogidas en el Art. 79 CP. podemos diferenciar dos grupos:

Obligaciones de tratamiento: "Comenzar y finalizar la escolaridad primaria, si no la tiene cumplida, aprender una profesión u oficio o seguir cursos de capacitación en el lugar o institución que determine el Juez" (Art. 79.1 CP).

Obligaciones de control: "Abstenerse de concurrir a determinados lugares y del consumo de cualquier droga o del abuso de bebidas alcohólicas" (Art. 79.2 y 3 CP).

☛ IMPOSICIÓN DE UNA PENA COMO CONDICIÓN PARA LA SUSPENSIÓN CONDICIONAL DE LA EJECUCIÓN DE LA PENA.

Dentro de las condiciones se impone otra pena. Ej. Se impone Arresto Domiciliario. Imposición de trabajo de utilidad pública al suspenderse la pena, no determinándose la jornada, el Código Penal lo establece pero como pena.



A pesar de la cláusula general con que se cierra el Art. 79 CP. las condiciones que, eventualmente, pueden acompañar a los beneficios no pueden adquirir las mismas formas o contenidos de las penas y, no sólo por una cuestión formal y de respeto a la legalidad, ya que entonces se estaría confundiendo la suspensión con el reemplazo, sino porque la pena tiene una finalidad afflictiva, mientras que las condiciones del Art. 79 CP están orientadas a la resocialización o reinserción social.

Sin embargo, como hemos apuntado en la pregunta anterior las obligaciones que giran en torno a la idea de control y, especialmente, la que se refiere a la prohibición de acudir a ciertos lugares en su contenido esencial son restricciones de la libertad ambulatoria lo que las hace muy similar al arresto domiciliario. Aún así las diferencias son lo suficientemente destacadas como para comprender que dentro de la obligación de abstenerse no cabe el arresto domiciliario. La primera circunscribe un lugar a donde el condenado no puede ir, mientras que la segunda circunscribe un lugar de donde no podrá salir, por lo que el grado de privación de libertad es mucho mayor.

Por otra parte, la aplicación del arresto domiciliario plantearía serias dudas sobre cuál debe ser su límite temporal y sus condiciones de ejecución. La duración máxima del arresto puede sobrepasar los treinta días, mientras que el límite mínimo del plazo de suspensión son los dos años. Dos años en las condiciones que establece el Art. 50 CP. ("permanecer en su residencia y no salir de la misma") convierten a esta pena en una pena de una gravedad extraordinaria.

☛ SUSPENSIÓN CONDICIONAL DE LA EJECUCIÓN DE LA PENA Y TEMAS AFINES.

Se confunde la Suspensión Condicional de la Pena con Reemplazo de Pena de Prisión o con Suspensión Condicional del Procedimiento.

Los orígenes remotos de la suspensión pueden encontrarse en el derecho canónico que ya en el siglo XIV contemplaba la posibilidad de una remisión judicial de las penas a los inculpados que se arrepentían, remisión que llegaba a hacerse definitiva si no volvían a delinquir. Más próximas a nosotros en el derecho anglosajón también aparecen formas de suspensión de las penas¹ en el Siglo XIX (binding-over). Pero los modelos inmediatos que nos sirven de referencia son el belga (1888) y el francés (Ley Bérenger, 1891). La mal llamada condena condicional se empieza aplicando con unos criterios tan estrictos que su aparición en los códigos respondía más a una moda o adorno de los mismos que a un deseo de implantación en la realidad del sistema penal. Para obtener este beneficio no sólo era preciso que el penado hubiese cometido por primera vez un delito, no fuese declarado en rebeldía y condenado a menos de un año, sino que muchos delitos (perseguibles a instancia de parte, cometidos por funcionarios, hurto, robo, estafa, etc.) quedaban excluidos del mismo. Todos estos requisitos, como hemos dicho, no tenían justificación alguna si tenemos en cuenta el fundamento preventivo especial de la suspensión.

Desde sus orígenes la remisión condicional afecta sólo a la ejecución de las penas privativas de libertad. Ni los condenados a medidas de seguridad de internamiento ni al resto de las penas podían beneficiarse de la misma. Ni tampoco modifican los plazos de la rehabilitación y, por supuesto, tampoco a la responsabilidad civil derivada del delito. Sin embargo, pronto se vio que ello podía dar lugar a situaciones de injusticia material por desproporción de las consecuencias materiales del hecho delictivo entre el autor y el partícipe cuando aquél era condenado a una pena privativa de libertad y veía suspendida la condena en tanto que éste debía de cumplirla al ser condenado a otro tipo de pena. Tan sólo en el supuesto de suspensión condicional extraordinaria por motivos familiares (Art. 78 CP.) puede entenderse que afecta a todas las penas por igual.

Bajo el epígrafe “De formas sustitutivas de la ejecución de la pena privativa de libertad” del Capítulo IV, se recoge, además de las suspensiones antes mencionadas, el reemplazo de la pena de prisión en los artículos 74-76 CP. con dos supuestos, uno común, y otro extraordinario. Las diferencias entre ambos radica en la gravedad de la pena que puede sustituirse y en su carácter facultativo o potestativo. En efecto, como reemplazo común tenemos el de las penas de prisión mayores de seis meses y menores de un año, mientras que el reemplazo extraordinario son de penas de prisión comprendidas entre el año y los tres años. En el primer supuesto el reemplazo es obligado, con lo que el legislador asegura que, con carácter general, no se va a entrar a una prisión por un tiempo inferior al año. De esta manera no hay contradicción alguna en el hecho de que un instituto de carácter resocializador sea de obligada aplicación aún cuando desde esta perspectiva pueda resultar no recomendable la concesión. El legislador se ha inclinado por evitar por encima de todo los ingresos en prisión por tiempos cortos. Por el contrario, cuando se trata del extraordinario la concesión es facultativa “atendiendo a las circunstancias del hecho cometido” (Art. 74.2 CP.). También se diferencian ambos modelos en que en el reemplazo extraordinario las penas sustitutivas se reducen al arresto de fin de semana y el trabajo de utilidad pública; en el caso del reemplazo común se añaden a ellas la pena de multa, que probablemente quedó eliminada por su menor entidad punitiva.

Tienen en común fundamentalmente la búsqueda de alternativas a las penas cortas de privación de libertad. Con carácter discrecional y en cada uno de los supuestos el juez o tribunal debe valorar si el cumplimiento de aquélla (la pena) habría de frustrar sus fines de prevención y reinserción social. Si bien las consideraciones resocializadoras en el caso del reemplazo común sólo se tendrán en cuenta a los efectos de elegir la pena que va a servir para reemplazar.

Se plantea por la doctrina la conveniencia de que la decisión judicial se pospusiera a un momento posterior a la sentencia con idea de poder recabar una información más amplia sobre la personalidad del condenado sin que se retrase el fallo condenatorio. De esta forma se evita también caer, como suele suceder, en concesiones automáticas o selección “ciega” de la pena sustitutiva. Se ha optado por no hacer



ninguna mención a ello por lo que se pueden dar por válidas ambas posibilidades pudiéndose conceder la sustitución en el fallo o con posterioridad en un auto motivado, pero, en todo caso, antes de iniciarse la ejecución de la pena.

La única razón que puede explicar la confusión entre los reemplazos y las suspensiones es el hecho de que éstas, de acuerdo con el Art. 79 CP. pueden ir acompañadas de unas obligaciones, entre las que cabe imponer para algunos jueces y tribunales ciertas penas como el arresto de fin de semana y el domiciliario. De esta manera la suspensión adquiere los mismos perfiles de la sustitución. Pero como ya vimos al responder la anterior pregunta el Art. 79 CP. no permite confundir obligaciones con las penas del catálogo general. La suspensión sólo pretende abrir un período en el que el condenado debe mostrar a la justicia su capacidad de vivir en libertad sin cometer nuevos delitos.

Aún siendo de contenidos diversos entre la suspensión y la sustitución existe una relación que no queda suficientemente aclarada por el Código. Si tenemos en cuenta que los requisitos para conceder una y otra son coincidentes, sucederá con frecuencia que el órgano judicial podrá optar alternativamente por una de las dos, sin que se haya previsto unos criterios generales a los que deba atenerse. Para resolver esta cuestión son posibles a nuestro juicio tres soluciones. La primera es de carácter técnico y consiste en aplicar las reglas del artículo 8 CP. para los concursos aparentes de normas; considerando que la sustitución mantiene una relación de especialidad (Art. 8. 1 CP.) con la suspensión corresponderá aplicar aquélla y no ésta. La segunda solución toma en cuenta los límites exteriores de ambos beneficios que vienen determinados por las exigencias preventivo generales (“características del hecho y duración de la pena” Art. 80. 2 C.Cp). Por último, la solución más acertada, a nuestro juicio, es aquella que concibe ambos institutos como una fase más del proceso de individualización de la responsabilidad penal basándose en necesidades preventivo especiales y, en consecuencia, el órgano judicial debe aplicar uno u otro de acuerdo con la conveniencia resocializadora de cada caso.

Otro problema común a las distintas modalidades de sustitución es la consecuencia del quebrantamiento de la nueva pena sustituyente. Curiosamente del texto legal no se deriva -o, al menos, no lo indica el Código como hace en otras ocasiones (v. gr. en relación con las medidas de seguridad, Art. 100. 1 CP.)- que del incumplimiento deba deducirse testimonio en relación con ese delito. Es lógico que así sea para evitar que se acumulen nuevas penas y se haga más difícil aplicar alternativas a la prisión como consecuencia de delitos que tiene escasa entidad. Esta reflexión añade un argumento más a la inoportuna extensión que ha tomado el nuevo delito de quebrantamiento que se aplica incluso en las medidas de seguridad. Por otra parte, la no aplicación de este delito nos sugiere que el legislador entiende el tiempo de cumplimiento de la pena sustituyente como periodo de prueba en el que la suspensión definitiva depende del cumplimiento de la nueva pena y de las eventuales obligaciones que el juez decida imponer de acuerdo con el artículo 79 CP.

Así pues, ante un caso de incumplimiento de la pena efectivamente ejecutada se procede inexorablemente a la recuperación de la pena desplazada (cláusula de retorno). Si el incumplimiento es inicial aquélla se ejecuta en su totalidad, si es parcial se emplea la misma regla de conversión pero en sentido inverso. La operación aritmética no estará exenta de complejidades cuando resulten fracciones de unidad. Piénsese, por ejemplo, que se incumple el último arresto de fin de semana lo que equivale a una pena de prisión de media semana.

De acuerdo con el principio de proporcionalidad -de dudosa aplicación en estos casos, a nuestro juicio- la imposición discrecional de una o varias de las obligaciones del artículo 79 CP. por el tiempo que dure la pena sustituida se hace extensiva tan sólo a los dos primeros supuestos de sustitución recogidos en el artículo 74 CP., es decir, cuando la pena sustituida es de prisión. Esta interpretación está en sintonía con lo dispuesto para la suspensión; no obstante, allí como aquí no se explica que no puedan exigirse estas reglas de carácter estrictamente preventivo especial cuando la pena suspendida o sustituida es de arresto de fin de semana. En todo caso, de las tres opciones que se contemplan en dicho precepto (Art. 84. 3 CP.) para los casos de incumplimiento de las referidas reglas, el órgano judicial en la sustitución de pena sólo podrá proceder a la sustitución de la regla incumplida por otra o, bien, a la interrupción de la misma.

Con carácter general se prohíbe sustituir penas que sean, a su vez, sustitutivas de otras (Art. 88.4 CP.). La prohibición de sustitución en cascada trata de evitar que quede vacío de contenido punitivo las penas de prisión por debajo de dos años. Sin embargo, el legislador no ha prohibido el caso más grave de vaciamiento que es el de la combinación sustitución-suspensión, es decir, cuando la pena de prisión es primeramente sustituida por una de arresto y ésta, a su vez, suspendida con posterioridad en virtud del artículo 80 CP. Cualquier otra interpretación para evitar este supuesto no previsto es analógica y en contra de los intereses del condenado y, en consecuencia, inaceptable.

Finalmente, se plantea la posible confusión entre la suspensión de la ejecución y la del procedimiento. El nomen iuris de ambos institutos debiera ya despejar las dudas sobre su contenido y marcar las claras diferencias que existen entre ambos. Aún cuando se trata de suspender, en un caso tiene por objeto la pena impuesta en una sentencia firme, en tanto que en el otro, se trata del proceso penal

☛ REQUISITOS DE LA LIBERTAD CONDICIONAL EN EL CASO DE CONCURSO REAL.

En el Art. 85 CP. inc. final, se establece que tendrán derecho a Libertad Condicional los internos que cumplan con las dos terceras partes de la totalidad de las penas impuestas en el caso de concurso real.

El Art. 85 CP. establece como primer requisito de carácter objetivo que el condenado lleve cumplidas las dos terceras partes de la condena. Este requisito plantea algunas dudas cuando son varias las penas impuestas que el condenado debe cumplir de



manera sucesiva. El principio general establece que las penas deberán ser cumplidas de modo simultáneo siempre que ello sea posible.

La prevalencia del principio de la simultaneidad frente a de la sucesión se justifica no sólo porque la Constitución prohíbe las dilaciones indebidas sino también por razones preventivas. Una pena de la cual se posterga su cumplimiento pierde eficacia preventiva.

Sin embargo, no todas las penas permiten un cumplimiento simultáneo. Esto es posible, comúnmente, cuando tienen naturaleza y efectos distintos, así, por ejemplo, cuando se trata de una multa y una pena de prisión, pero no es posible la simultaneidad cuando no lo permite su contenido. Este es el caso de las penas privativas de libertad, que siempre tienen que ser cumplidas sucesivamente.

Al tener que cumplirse de forma sucesiva las penas de prisión impuesta por cada una de los delitos cometidos, tienen que ser ordenadas de cara a su cumplimiento de manera que se comenzará por cumplir de más a menos grave (Art. 71 CP.)

Esta modalidad de cumplimiento constituye la regla general del llamado concurso real y para ella el legislador tiene previsto un límite absoluto, establecido en los setenta y cinco años.

Sin embargo, en ocasiones los distintos delitos cometidos se encuentran especialmente vinculados los unos a los otros, bien sea porque nacen todos de una sola acción bien porque entre ellos guardan una relación medial, sin que el último delito llegue a absorber a los anteriores de los que se sirvió el autor en el iter criminis. A esto llamamos concurso ideal que presenta estas dos formas particulares de concurso ideal propio y concurso ideal medial. En cualquiera de las dos modalidades el concurso ideal merece un tratamiento punitivo más privilegiado para el autor, en la medida en que sólo realizó una sola acción. La fórmula prevista por el Código para garantizar este privilegio consiste en que en los casos de concurso ideal se elija la pena más grave de todas las concurrentes y se eleve hasta en una tercera parte. Así, por ejemplo, si el reo ha sido condenado a dos penas de prisión por dos delitos, el primero de ellos castigado con una pena de seis meses a dos años y, el segundo, a una pena también de prisión de dos a cuatro años; corresponde elegir esta última pena y elevarla en un tercio. Esta elevación puede tener dos tratamientos distintos y, en ambos casos, se respeta la literalidad del Art. 70 CP. El primero consiste en elevar hasta una tercera parte los topes mínimos y máximos -dos años y ocho meses a cinco años y cuatro meses-; el segundo, elevaría sólo el tope máximo, de manera que en la nueva pena el tope máximo pasaría a convertirse en el nuevo tope mínimo. Ambas soluciones son legalmente posibles, si bien la segunda tiene la ventaja de que garantiza la exasperación de la pena, tal como parece ser la voluntad del legislador y además hacia ella apunta el párrafo 2º del Art 70 CP. cuando refiere exclusivamente al tope máximo para resolver las dudas del concurso ideal homogéneo.

Pero esta exasperación en cualquiera de las dos soluciones tiene un límite que viene impuesto por el propio sentido del concurso ideal, ya que si a raíz de aplicar esa fusión punitiva resulta una pena mayor que si aplicamos las reglas del concurso real, en este caso perdería sentido esta figura, por lo que señala el Código que se acudirá a la regla general del concurso real (“las reglas anteriores no tendrán aplicación, si le resultare más favorable al reo la imposición de todas las penas correspondientes a los delitos concurrentes, de conformidad a la determinación que haga de las mismas”. Art. 70 CP.).

Aunque esta duda no es la que plantea la cuestión que ahora abordamos, si que tiene interés traerla a colación para destacar que en los casos de concursos ideales, en realidad el resultado de aplicar esas operaciones es una nueva pena que fusiona las particulares procedente de los delitos cometidos, de ahí que en relación a ella, el legislador no haya visto la necesidad de señalar como debe contabilizarse las dos terceras partes que exige la libertad condicional, pues bastará con hacer la operación a partir de la pena impuesta que es única.

Ahora bien, algo muy distinto sucede en los supuestos de concurso real ya que las penas no llegan a fusionarse sino que se van cumpliendo una tras otra de acuerdo con la gravedad, por no poder cumplirse simultáneamente. La duda que se plantea entonces es si a los efectos de la libertad condicional deberemos o no sumarlas todas. La cuestión tiene una enorme trascendencia práctica no sólo porque, como se sabe, dicho beneficio sólo se puede obtener cuando la pena impuesta supere los tres años (Art. 85 CP.), sino porque deberemos saber si el condenado puede comenzar a disfrutar de la libertad condicional cuando ha cumplido las dos terceras partes de la pena más grave de las impuestas en concurso real o, tendrá que esperar a cumplir las dos terceras partes de la suma de la totalidad de las penas. Esta es precisamente la solución que da nuestro legislador (“Cuando se tratare de concurso real de delitos, además de los requisitos establecidos, procederá la libertad condicional si el condenado hubiere cumplido las dos terceras partes de la totalidad de las penas impuestas” Art. 85. 2 CP.). Solución que es coherente con la propia idea que inspira el concurso real en el que a pesar de que existe una pluralidad de penas durante la ejecución se funden en una sola a estos efectos.

La libertad condicional es un instituto jurídico de naturaleza penitenciaria y pretende incentivar al condenado a actitudes positivas a los estímulos resocializadores mediante el acortamiento del tiempo material de ejecución de la pena, independientemente de que la totalidad del tiempo de condena proceda de una o de varias condenas, circunstancia ésta de relevancia tan sólo en el ámbito penal y procesal, pero no penitenciario.

Incluso, cuando las penas hayan sido impuestas en secuencias que pueden diferenciarse procesalmente las unas de las otras, de manera que, por ejemplo, el sujeto estaba cumpliendo una pena y se le impone una nueva que a efectos de cumplimiento



se suman indisolublemente a la anterior, también corresponde aplicar esta disposición del legislador y procede sumarla a los efectos de los cómputos de la libertad condicional.

☛ LIBERTAD CONDICIONAL ANTICIPADA

¿Qué requisitos de la libertad condicional son también aplicables a la libertad condicional anticipada?

La libertad condicional anticipada del artículo 86 CP. no es más que un supuesto privilegiado de libertad condicional ordinaria pensada para aquellos casos en los que en el penado concurren razones extraordinarias que hacen pensar que su proceso resocializador está garantizado y que se debe medir a partir de datos como el haber desarrollado actividades^[1] laborales, culturales, ocupacionales o de otra índole susceptibles de igual valoración dentro del establecimiento penitenciario. Más allá de esto carece de sustantividad o autonomía, por lo que en aquello que no esté expresamente diferenciado del modelo común del Art. 85 CP., se aplicarán las reglas previstas para éste. El propio legislador lo expresa señalando que el condenado para obtener la libertad condicional extraordinaria “debe de satisfacer las exigencias del artículo anterior”. Por lo tanto, en concreto la libertad condicional anticipada puede aplicarse siempre que concurran los siguientes presupuestos:

La mitad de la pena cumplida se computará de la totalidad de las penas impuestas si éstas guardan entre sí una relación de concurso real. Reproducimos aquí la rica problemática que suscita el modo de computar la mitad de la condena, que es idéntica a la medición de las dos terceras partes en la libertad condicional ordinaria.

Los condenados deben merecer dicho beneficio por haber observado buena conducta de acuerdo con el informe favorable que emita el correspondiente Consejo Criminológico Regional. Ahora bien, teniendo en cuenta que sólo el Consejo tiene competencias para instar el expediente de libertad condicional anticipada (Art. 51 LP), parece innecesario que se le solicite con posterioridad el informe favorable, que debe entenderse implícito en la propia solicitud de concesión.

Las eventuales responsabilidades civiles provenientes del hecho que se hayan determinado mediante resolución judicial han de estar satisfechas o bien el condenado debe garantizar satisfactoriamente su disposición a satisfacerlas o, por último, ha de quedar acreditado la imposibilidad de hacerlo. Téngase en cuenta, que se refiere aquí el legislador exclusivamente a la responsabilidad civil derivada del delito a cuya pena de prisión se le va a aplicar la libertad condicional. No se incluyen otras obligaciones que pudieran imponerse, ni tampoco otras responsabilidades civiles derivadas de otros delitos distintos.

La libertad condicional anticipada reduce a la mitad la pena impuesta en la sentencia, este extraordinario beneficio debe ir acompañado de requisitos también ex-

traordinarios, de manera que no sólo han de emitirse informes con valoraciones muy positivas del condenado, sino que ha de merecer dicho beneficio, porque durante su estancia en la prisión ha desarrollado las actividades laborales, culturales, ocupacionales o de otra índole que se le hayan podido ofrecer. Entiendo que esta acreditación pueden hacerse bien por los Consejos Criminológicos, bien por aquellas personas o instituciones responsables de dicha actividad.

Sólo puede acceder a este beneficio extraordinario los condenados a penas superiores a los tres años de prisión.

Aún cuando nada se dice expresamente también en relación con este modelo de libertad condicional el procedimiento para su obtención es similar. El expediente se instruye por el Consejo Criminológico y se resuelve por el JVPEP correspondiente. Puede estar instado por éste de oficio o bien por el propio interesado (Art. 51 LP).

☛ DETERMINACIÓN DE LA PENA EN EL CASO DE CONCURSO IDEAL.

¿Qué sucede cuando estamos frente a concurso ideal de delitos?

Existe un concurso de delitos cuando para agotar la responsabilidad de una persona por lo sucedido es necesario acudir a más de una infracción penal que sirva para calificarlo. Dentro de las relaciones concursales encontramos básicamente dos modalidades. Por una parte, el concurso real y, por otra, el concurso ideal si bien tanto el delito continuado, como el delito masa pueden considerarse subtipos del concurso ideal. El primero, como hemos tenido ocasión de ver en una pregunta anterior, tan sólo consiste en una ordenación de las penas de cara a su cumplimiento, de manera que se empezará a cumplir por la más grave. Por razones de prevención especial, de realismo jurídico y de humanidad todos los Códigos Penales modernos establecen un límite máximo infranqueable que por lo general gira en torno a los veinte o treinta años, pero que entre nosotros puede alcanzar los setenta y cinco.

La otra modalidad de concurso es el concurso ideal. Hay concurso ideal cuando una sola acción u omisión constituye dos o más infracciones o cuando un hecho delictivo sea medio necesario para cometer otro, de manera que no se excluyan entre sí (Art. 40 CP.). Dentro de este concurso podemos distinguir entre el concurso ideal homogéneo y el heterogéneo. Se da el primero cuando la acción u omisión origina delitos iguales, por ejemplo, matar a varias personas mediante la explosión de una bomba. El Art. 40 CP. se refiere a ambos tipos de concurso ideal por esta razón aclara que tratándose de penas iguales el juez o tribunal determinará el delito que a su juicio merezca mayor pena.

También se encuentran regulados dentro del Art. 70 CP. otras modalidades de concurso ideal como son el concurso ideal por coincidencia parcial -Ej. La falsedad documen-



tal puede constituir estafa, pero para ello deben de añadirse otros elementos, como son el perjuicio y el ánimo de lucro que carecen de relevancia para la falsificación documental- y la unidad de acción por efecto de abrazamiento -Ej. Conducir bajo los efectos del alcohol y producir un homicidio imprudente y huir del lugar de los hechos. En el primer caso las infracciones sólo son concurrentes en parte, en el segundo la concurrencia viene dada a través de un tercer delito que sirve a modo de eslabón entre otros.

La regulación del concurso ideal plantea algunos problemas de difícil solución a partir del Art. 70 CP. Para una aproximación a los mismos conviene volver a recordar el sentido privilegiante que tiene esta figura concursal, de manera que si la aplicación de sus reglas diere como resultado una pena más grave de la que resulta de aplicar las reglas del concurso real, corresponde aplicar éstas y no las del Art. 70 CP. De esta manera podemos distinguir en el concurso ideal dos momentos en el que el juez o tribunal deberá realizar un ejercicio de comparación. En el primero de ellos se tienen que comparar las penas de los delitos concurrentes y elegir la más grave para incrementarla en una tercera parte.

Como quiera que el Art. 70 CP. recoge también la modalidad del concurso ideal homogéneo en el que las penas de los delitos son iguales, el legislador señala que se elegirá el delito que a juicio del juez o tribunal "merezca mayor pena". La cláusula es cuando menos sorprendente ya que los jueces no tienen que emplear su juicio al margen de la ley para determinar que delito merece más o menos pena, labor que cumple el legislador en base al principio de legalidad. Probablemente la mejor interpretación que pueda darse a la referida cláusula es que el juez tomará en cuenta el delito más sobresaliente o aquel en el que concurren más circunstancias, pero, en definitiva, podría prescindirse de esta referencia pues se empieza reconociendo que todos los delitos tienen la misma pena, con lo cual elija la que elija el resultado será idéntico.

Una vez elegida la pena mayor procede elevarla en una tercera parte, de nuevo se suscita aquí la duda de si se eleva la tercera parte solo del máximo o también del mínimo. Ya hemos señalado anteriormente que nos parece la primera la mejor solución. Y una vez así determinada la nueva pena, se compara con la que se hubiera impuesto de tratarse como concurso real. Si ésta es más favorable se desechará aquélla.

☛ AUDIENCIA ORAL PARA REALIZAR CÓMPUTO.

25. Debido a la importancia que reviste el cómputo debería siempre realizarse en audiencia oral. (Art. 46 LP).

La importancia de una decisión judicial no es la única razón que aconseja el empleo de la audiencia oral. En ocasiones otros criterios, como la celeridad en la resolución judicial puede hacer recomendable ceder en ciertas garantías cuya presencia no siempre es insoslayable. Esto es lo que ocurre en el caso que nos ocupa. El cómputo es una actividad objetivizada, con grandes dosis de automatismo y que salvo que se suscite alguna incidencia no parece que demande la oralidad o la contradicción de las partes.

Dentro del ámbito del derecho penitenciario asegurar la audiencia oral del interesado nos parece importante en aquellos supuestos en los que el legislador ha previsto opciones que deben de valorar las circunstancias personales o las posibilidades resocializadoras del condenado.

Frente a estas interrogantes que deben ser resueltas mediante consideraciones de carácter subjetivo, vemos imprescindible conocer la opinión del interesado y conocerla personalmente.

Sin embargo, exigir la audiencia oral en el cómputo de penas a los efectos de la libertad condicional, vendría a retardar su concesión, en un expediente que, según la opinión dominante, es ya de por sí excesivamente lento.

El Art. 46 sólo está previsto para aquellos casos en los que se ha producido un incidente. Es más, de la importancia que el propio legislador otorga al cómputo da fe el hecho de que la resolución sobre el mismo deba ser notificada al Fiscal General de la República, al condenado y a su defensor, quienes podrán solicitar al mismo juez la revisión del cómputo practicado, dentro de los tres días de su notificación (Art. 44 LP). Incluso fuera de ese plazo el interesado puede mediante una incidencia (Art., 46 LP), en la que si está prevista la audiencia oral, solicitar la rectificación del cómputo.

☛ COMPETENCIA PARA CONCEDER LA LIBERTAD CONDICIONAL.

Cuando el Juez de la causa en una revisión determina cómputo y no da lugar a beneficio aún, se certifica dicha revisión al JVPEP. ¿Quién concederá el Beneficio de Libertad Condicional al llegar la fecha?

Desde el momento en que se crea la figura del JVPEP este asume plenamente sus competencias, entre las que se encuentra la concesión del beneficio de la libertad condicional. Si al entrar en vigor el nuevo Código Penal se ha producido una revisión de la pena. Una vez que se den los requisitos objetivos corresponde al JVPEP previa solicitud e informe favorable del Consejo Criminológico, su concesión.

☛ LÍMITES PENALES PARA CONCEDER LA LIBERTAD CONDICIONAL.

El Art. 85 CP. nos habla de delitos cuyo límite máximo de prisión excede de tres años. Según el tenor literal del artículo se refiere a marcos penales, no a pena impuesta. Pero es el caso que se interpreta que se refiere a pena impuesta máxima de tres años de prisión.

I. Antes de entrar a responder la pregunta entendemos conveniente hacer una breve reflexión sobre la oportunidad de que se siga manteniendo la exigencia de los tres años mínimos de condena para acceder a este beneficio. Los orígenes de este límite, que perjudica a los condenados a penas de corta duración, están en la extendida idea de que por debajo de los tres años no es posible llevar a cabo ningún programa terapéu-



tico que permita dividir la pena en fases de manera que la última de ellas se pueda cumplir en plena libertad. Como quiera que la libertad condicional se inspira precisamente en los fines resocializadores, es coherente excluir del beneficio las penas de corta duración. Pero, sin duda, la más importante razón para explicar este límite está en que el legislador considera ya suficientemente beneficiados a los condenados a penas de tres o menos años mediante la suspensión de la ejecución y el reemplazo por otras penas.

Las razones del legislador, aún conocidas, no pueden ser compartidas. El límite de los tres años introduce un elemento objetivo de exclusión universal que en la mayoría de los casos se convierte en un injustificado agravio comparativo que termina perjudicando, paradójicamente, a quienes son condenados a penas más largas

II. Respecto a la duda que se suscita debemos considerar que de cualquier magnitud punitiva se puede hablar en abstracto y en concreto, e, incluso, últimamente, se esta observando la necesidad de establecer todavía un escalón intermedio que podemos llamar la pena semi-concreta. La pena en abstracto es aquella que el Código prevé para el autor del delito consumado correspondiente. A ella se refiere el legislador por común señalando que es la pena “que para cada caso se halle señalada en la ley” (Art. 65 CP.), es por tanto una pena que no ha sido sometida a ninguna modificación por el juez o tribunal.

Por el contrario, la pena en concreto, es aquella que resulta de aplicar todas las reglas de determinación previstas en el Código y que corresponda aplicar de acuerdo con los hechos.

En consecuencia, si la primera aparece en la ley, la segunda es el resultado de la ley y aparece en la sentencia. Por otra parte, la pena en abstracto debe de venir planteada dentro de unos marcos mínimos y máximos, que permitan siempre poder valorar las eventuales circunstancias modificativas de la responsabilidad penal con lo que concluye el ejercicio de determinación de aquélla. La pena en concreto, es una magnitud cerrada que permite su ejecución.

El Art. 85 CP. se está refiriendo a la pena en abstracto, porque lo hace no a la pena de la condena sino a la pena de “los delitos cuyo límite máximo de prisión excede de tres años”. Por si esta claridad del Código no fuera suficiente teniendo en cuenta que cualquier otra interpretación perjudicaría al condenado, las razones siempre invocadas de *in dubio pro reo* son aquí de aplicación.

IV. MEDIDAS DE SEGURIDAD

☛ Indefinición de medidas de seguridad.

28. Se identificó que en lo referente al control de las medidas de seguridad, éstas en muchas ocasiones se están aplicando de forma indefinida lo que es una grave violación a garantías constitucionales, teniendo la Procuraduría de Derechos Humanos que solicitar exhibiciones personales.

Las nuevas corrientes de política criminal muestra una tendencia relativamente pacífica a aplicar el llamado modelo neomonista en las relaciones entre las medidas de seguridad y las penas. Las viejas polémicas se han ido abandonado y, en su lugar, surge una firme convicción de que la sociedad espera del derecho penal que en cada caso resuelva con la respuesta más adecuada el conflicto personal del autor del delito bajo un prisma preventivo y sin olvidar que bien como pena, bien como medida se deben de respetar los derechos de las personas recogidos por la constitución.

A partir de este presupuesto no hay objeción en aproximar las penas y las medidas tal como originariamente se propuso desde las corrientes defensoras del positivismo jurídico decimonónico; sin embargo, aquel monismo nada tiene que ver con el que ahora se dibuja en los modernos Códigos, ya que las tendencias defensoras están sometidas a las garantías del Estado de Derecho.

El Código Penal se hace eco de estas tendencias. En él aparece resuelto mediante el sistema vicarial los casos en los que se imponen a la vez penas y medidas a aquellos sujetos que presentan una responsabilidad penal disminuida y un alto grado de peligrosidad (Art. 95 CP). Además, se extienden con la misma eficacia a penas y medidas los principios de legalidad (Art.1) de dignidad humana, (Art. 2) de lesividad, (Art. 3), de prohibición de la responsabilidad objetiva (Art. 4), de necesidad (Art. 5), de vigencia de la ley penal (Art. 13), de proporcionalidad (Art. 27.4. Lit. c), etc.

A la vista de este panorama de garantías la cuestión de si es posible la aplicación de medidas indefinidas en el tiempo parece que no debe plantear dudas. No hay inconveniente en aceptar la indeterminación judicial, la naturaleza terapéutica de las medidas de seguridad hacen recomendable que en el momento de dictar la sentencia no se determine con la misma taxatividad que se exige con relación a las penas, cuál es el contenido de la medida y cuánto va a durar su ejecución. Es con posterioridad y de acuerdo con el desarrollo de los correspondientes programas terapéuticos que serán determinadas ambas cuestiones.

Ahora bien, la medida debe tener un límite temporal, transcurrido el cual se convierte en un atentado contra la dignidad de la persona que la sufre. No sólo apuntan esta solución los principios y garantías que, hemos visto, recoge el código y especialmente el respeto por la dignidad de la persona y el propio contenido de los fines



resocializadores que nunca pueden ser entendidos en un sentido inocuizador, sino positivo, como favorecimiento de la reinserción social.

Estas ya serían razones suficientes, a las que todavía podríamos añadir que la posibilidad de unas medidas indefinidas estarían en contradicción con el propio sistema penal, pues no se entiende que las medidas en los casos de concurrencia de éstas con las penas si están limitadas en el tiempo y, en cambio, no lo estarían cuando van solas por exención de la responsabilidad penal por falta de culpabilidad. El propio Art. 27.4 Lit. "c" del CP. introduce la proporcionalidad en la aplicación de las medidas al prohibir que las de internamiento puedan aplicarse cuando el delito cometido no está castigado con pena de prisión. Y el Art. 95 CP. deja expresa la voluntad del legislador de que su "duración no podrá exceder el tiempo que correspondería como pena".

☞ **VULNERACIÓN DE GARANTÍAS CONSTITUCIONALES POR EL CARÁCTER INDEFINIDO DE LAS MEDIDAS DE SEGURIDAD.**

Pudiendo verificar que en este punto el JVPEP abandona el control sobre la aplicación de las medidas de seguridad, aplicadas a personas deficientes mentales justificando en algunos casos que se encuentran amparados en el dictamen técnico que les informa que dichas personas adolecen de una enfermedad mental crónica por lo que su internamiento debe ser de carácter indefinido, lo que es una flagrante violación a las garantías constitucionales.

En efecto, nos reiteramos en lo señalado en la pregunta anterior en relación a la posibilidad de las medidas de seguridad de carácter indefinido. Estas no son posibles porque están reñidas con el derecho de toda persona a ser tratada con dignidad y con la finalidad resocializadora entendida, como decíamos, en un sentido no excluyente sino positivo de recuperación activa e integradora de las personas con sus diversidades en una sociedad plural.

Esto no quiere decir que la sociedad se encuentre indefensa para resolver las necesidades de internamiento de ciertas personas que por su patología mental no puede estar en libertad y que tampoco está en condiciones de consentir el tratamiento por falta de voluntad o, por hallarse esta viciada por una enfermedad. En estos casos lo que ocurre es que la justicia penal no es la idónea para dar una respuesta sino que la misma debe de esperarse de las vías civiles y de las posibilidades que allí se contemplan de internamientos terapéutico no consentidos o de procedimientos de incapacitación.

El problema se ha convertido en uno de los aspectos más negros de la justicia penal de nuestro tiempo ya que se sigue arrastrando un modelo que se inspira en la idea general de que toda persona que comete un delito debe inexorablemente enfrentarse a la justicia penal, aún cuando sea para ser sometido a un tratamiento terapéutico.

Aunque el legislador trata dentro del CP. las medidas de seguridad de inimputables e imputables, la valoración que merece una y otra decisión es diferente. Resulta plenamente justificado que cuando las medidas de seguridad han de acompañar a una pena porque el sujeto ha sido declarado semimputable y de esta forma se asegura que no se producirá una lesión al principio de non bis in idem y la ejecución de una y otra se realizará de acuerdo con un criterio de racionalidad impuesto por los propios fines de ambas instituciones.

La cuestión se torna más compleja cuando nos situamos en el ámbito de las medidas de seguridad impuestas a sujetos que previamente han sido declarados inimputables y que, por tanto, no tienen ningún problema relacionado con la responsabilidad penal, ni se le va a imponer ninguna pena. Es en estos casos cuando la regulación de las medidas en el marco del sistema penal se convierte en un vehículo idóneo para la criminalización de comportamientos de personas penalmente no responsables.

La incorporación al CP. de las medidas de los inimputables sólo podría justificarse a partir de dos postulados que resultan igualmente erróneos:

Que el ordenamiento jurídico en su conjunto no contempla medidas para quienes muestran peligrosidad criminal sin haber llegado a cometer delitos. Lejos de ello la legislación civil prevé los internamientos de las personas presuntamente incapaces con la autorización del juez civil que podrá ser posterior cuando por razones de urgencia sea recomendable el internamiento inmediato.

Que las medidas de internamiento que se aplican de acuerdo con la legislación civil ofrecen menos garantías para el sujeto sometido a ella, es decir, que el internamiento para el incapaz delincuente es más garantista que para el que no lo es. Esta afirmación no sólo es incoherente sino que no se compadece con los principios que informan cualquier privación de libertad legal llevada a cabo en el marco de un Estado de Derecho. Nada permite pensar que los internamientos para tratamientos terapéuticos no deseados del Código Civil no respeten los derechos constitucionales de las personas internadas.

Con el control penal de los internamientos de inimputables se ha criminalizado éste, utilizando como argumento político criminal la injustificada necesidad de ampliar las garantías del mismo. Esto queda suficientemente acreditado en los siguientes pasajes de la nueva legislación penal:

La clasificación de las medidas en privativas de libertad y no privativas de libertad (Art. 93 CP.) denota que el legislador está pensando más en su fuerza represiva que en la preventiva, con lo que entra en contradicción con la esencia de aquéllas.

En su lugar hubiera sido más recomendable que diferenciara éstas en: medidas preventivas y medidas aseguradoras. La privación de libertad no es un instrumento tera-



péutico secundario sino que es la propia esencia de la medida de internamiento (“consiste en la aplicación de un régimen especial de privación de libertad” Art. 93 CP.)

El internamiento se prisionaliza cuando se establece para cualquiera de sus formas que será el juez y no los equipos técnicos quien debe autorizar las salidas del centro de cualquier naturaleza que pueda recomendarse al interno en el marco del tratamiento terapéutico (Art. 95 CP.). Esta competencia se otorga al JVPEP quien carece de conocimientos médicos suficientes. De esta manera se opta por la opción más punitiva ya que sus criterios serán preponderantemente preventivo generales sacrificando las posibilidades de reinserción que le ofrezca el internamiento.

La intervención judicial puede resultar incluso un auténtico obstáculo para que la aplicación de la medida sea tan versátil como requiera el programa terapéutico. Resulta cuando menos chocante que un condenado imputable que se encuentra cumpliendo una pena de prisión necesite tan sólo autorización de la administración penitenciaria para abandonar el establecimiento y, sin embargo, cuando se trata de un inimputable no se contemple que la decisión se tome por los facultativos de quienes depende el enfermo.

Aunque la legislación deja mucho que desear en cuanto a la claridad que el tema requiere, en principio parece perfectamente posible la absurda posibilidad de que quien ha sido declarado inimputable y se le ha condenado con un internamiento deba ser nuevamente procesado si durante la ejecución de aquél quebrantara el internamiento con una fuga. El Art. 317 CP. señala sin excepción que los quebrantamientos de privaciones de libertad ordenadas de acuerdo con la ley dan lugar a responsabilidad penal por este delito.

Lamentablemente en el análisis crítico de esta legislación no podemos dejar de considerar la realidad de la red de centros de internamiento. No existe actualmente en funcionamiento una red capaz de satisfacer la demanda, ni tampoco hay previsto hacer inversiones en este ámbito asistencial, debido a lo cual los internamientos se resuelven en el mejor de los casos en secciones dentro de los establecimientos psiquiátricos en peores condiciones que el resto de los enfermos mentales, debido a que para este grupo en cuanto a infraestructuras y personal han primado las razones de seguridad y los criterios penitenciarios. En otras ocasiones la falta de centros específicos o la insuficiencia de los existentes obliga a que el internamiento se realice en establecimientos penitenciarios comunes, sin diferenciación con quienes cumplen penas privativas de libertad.

Todas estas circunstancias podrían justificarse para quien sufre un internamiento de estas características si tuviese como compensación la ventaja que significa la determinación temporal de la medida tanto en el momento de la imposición como en el momento de su conclusión. Pero esto no es así.

A.- En el momento de su imposición el legislador no ha llevado a sus últimas consecuencias la equiparación de la medida con la pena enunciada en el Art. 95 CP., ya que el juez debe tomar como referencia para fijar el tope máximo de aquélla, no la pena en concreto que hubiere correspondido aplicar, sino la pena en abstracto. Aunque ciertamente el C. Cp. no nos suministra información sobre que debe entenderse por pena en abstracto, a nuestro juicio, la cuestión debe resolverse a partir de la propia estructura del hecho punible, según el cual cuando la ley establece una pena, se entiende que la impone a los autores de la infracción consumada.

Por lo tanto, el límite superior coincide con el límite máximo de pena previsto para el delito de que se trate, independientemente de cual sea el grado de participación del reo o cual el grado de ejecución.

B.- Los criterios penales pueden recomendar al legislador que un determinado delito no se castigue con una pena privativa de libertad, en consecuencia de acuerdo con el principio de equivalencia entre ésta y las medidas, la medida que se imponga no podrá ser de internamiento. Pero se trata solo de una ficción de garantía ya que si en el supuesto concreto se pronostica que el sujeto es criminalmente peligroso lejos de ser puesto en libertad se iniciara el correspondiente expediente que debe concluir en la aplicación de una medida de civilmente internamiento de carácter civil.

C.- Pero aún resulta más grave lo previsto para el momento en que se finaliza el cumplimiento de la medida. Como es poco probable que el tiempo terapéutico coincida con el tiempo penal ya que uno y otro responden a criterios y fundamentos diversos, en los casos más frecuentes se planteará la liberación, por finalizar el tiempo máximo de cumplimiento efectivo de la medida, de un sujeto sobre el que recaen aun pronósticos de peligrosidad de acuerdo con los servicios técnicos. También entonces entrará en funcionamiento el sistema previsto en la legislación civil.

Frente a esta situación en la que los considerados inimputables no ven compensación en la fuerte criminalización de su internamiento terapéutico a consecuencia de su incorporación al CP., sino que, al contrario, una nueva formula de internamiento - ahora, de carácter civil- le espera una vez finalizado el cumplimiento de la medida, sólo cabe pensar que tras ella se ha buscado no incrementar unas garantías que en ningún momento pueden pensarse que sean puestas en peligro o lesionadas por la naturaleza jurídica de aquel, sino una estrategia para asegurar que el poder judicial controle hasta el último momento el internamiento de personas que fueron declaradas exentas de responsabilidad penal, de manera que por más que los técnicos responsables recomiende su liberación en base a los criterios de necesidad preventiva, esta sólo se producirá cuando lo determine el juez penal.

El dato objetivo de la comisión de un delito no explica por si solo las razones de un tratamiento diferenciado de los incapaces con problemas de peligrosidad criminal. Si frente a estos se entiende suficiente la intervención de la justicia civil lo mismo de



suceder con aquellos. Extraer del ámbito de la justicia penal las medidas a los inimputables presenta -cuando menos- las siguientes ventajas:

Refuerza el carácter terapéutico del internamiento evita la aplicación del CP. y de la consiguiente rigidez de algunas de sus disposiciones.

PENAS ALTERNATIVAS A LA PRISION.

☛ NOTIFICACIÓN DE LA PENA DE ARRESTO DE FIN DE SEMANA A UNA PERSONA QUE NO SE PUEDE LOCALIZAR.

30. ¿Qué resolver en los casos que una persona por un hecho punible calificado como falta, es condenada a arresto de fin de semana, habiéndosele asignado por parte del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria y de Ejecución de la Pena, el lugar del cumplimiento, así como la fecha de inicio y finalización y no es posible su localización, no obstante haberse agotado ello por todos los medios legales.

En primer lugar hay que destacar que las penas no están sometidas al principio de insignificancia, principio limitativo de la responsabilidad penal que juega un papel de cierta relevancia cuando se trata de hechos típicos que no alcanzan la mínima lesividad de los bienes jurídicos. Todas las penas impuestas en un proceso legal por un juez competente tienen que ser inexorablemente cumplidas. Dicho esto, si un JVPEP ha recibido la correspondiente certificación de la sentencia condenatoria firme y, de acuerdo con las competencias que establece la ley determina la iniciación y finalización del periodo de cumplimiento y, teniendo en cuenta que la pena es de arresto de fin de semana ha determinado donde debe de cumplir ésta, en caso de que el condenado no se personara en el lugar indicado injustificadamente, procede ordenar su captura para llevarlo al mismo, si no se encontrara o bien después de cumplir el primer arresto deja de cumplir injustificadamente tres arrestos entonces el JVPEP ordenará que se cumpla ininterrumpidamente, computándose en tal caso dos días de privación de libertad por cada fin de semana (Art. 49 CP.).

☛ DIFERENCIA ENTRE PENA DE ARRESTO DE FIN DE SEMANA Y TRABAJO DE UTILIDAD PÚBLICA

31. Existe confusión en cuanto a la imposición a la Pena de Arresto de Fin de Semana y Trabajo de Utilidad Pública, pues se han recibido certificaciones de condena en las cuales resolvieron veinte fines de semanas de trabajo de utilidad pública.

a) Se identificó que no existe criterio uniforme por parte de los JVPEP en la elaboración del cómputo.

b) Se invocan erróneamente las condiciones del Art. 23 CPP y no las del Art. 79 CP.

La pena de trabajo de utilidad pública es de nueva incorporación en nuestro país y viene precedida de una experiencia positiva en el derecho comparado. Con ella no sólo se evita la segregación del condenado, sino que se estimula en él la solidaridad con los demás mediante una serie de ocupaciones, fundamentalmente en el campo de la asistencia social.

La aplicación de esta pena comporta una considerable complejidad que requiere de una eficaz coordinación con la Administración, que es quien únicamente puede proveer de puestos de trabajo, aunque no necesariamente sean trabajos para la misma. Sin esta previsión las posibilidades de éxito de esta pena alternativa a la privación de libertad serán muy escasas.

Obliga esta pena a prestar jornadas semanales de trabajo, que comprende periodos entre las ocho y las dieciséis horas. Su papel más importante dentro del sistema punitivo va a ser como pena de reemplazo a la prisión o de la multa impagada ya que como pena principal tan sólo aparece para castigar faltas y el delito de incumplimiento de los deberes de asistencia económica de los padres, adoptantes o tutores (Art 201 CP.). Así pues estamos ante una pena que, prácticamente, sólo sirve como alternativa a la privación de libertad. Corresponde al JVPEP determinar el contenido de esta pena tanto en los horarios laborales y lugares, como en el tipo de trabajo que el condenado va a realizar. De manera que en la determinación de su gravedad van a intervenir dos órdenes jurisdiccionales. Por una parte, el juez de lo penal que debe señalar en la sentencia la duración total de la pena en magnitudes de jornadas semanales de trabajo, hasta ciento cincuenta (Art. 45. 5 CP.) y, de otra, el JVPEP que determinará el número de horas de cada jornada. Esta separación adquiere plena coherencia si tenemos en cuenta que el tipo de trabajo que el condenado va a realizar lo selecciona el JVPEP y, en consecuencia, él es el único capaz de fijar el horario laboral, de acuerdo con su naturaleza. Imaginemos, por ejemplo, que un JVPEP impone como trabajo el cuidado nocturno de enfermos o ancianos desvalidos, el horario no será el normal de una jornada laboral, sino que será por la noche, probablemente, en turnos más cortos de tiempo, que si se trata de la limpieza de un parque.

Las condiciones que debe presentar el trabajo son las siguientes:

a) No es preciso que medie el consentimiento del penado. Esta exigencia que aparece en el derecho comparado se fundamenta, por lo común, en la prohibición constitucional de que las penas puedan consistir en trabajos forzados. Sin embargo, a nuestro juicio, el trabajo forzado y obligado son dos cosas distintas. El primero tiene un carácter afflictivo, en tanto que el segundo se ejecuta bajo las mismas condiciones y garantías que el trabajo en libertad. Exigir siempre el consentimiento introduce una limitación a la aplicación de esta pena, muchas veces injustificada (piénsese en la colaboración en casos de graves catástrofes o calamidades sociales).



b) De acuerdo con su carácter punitivo la ocupación es siempre no retribuida.

c) Temporalmente encuentra dos límites, que responden también a dos razones distintas. Primero por razones de proporcionalidad dentro del sistema penal la duración máxima de la pena que es de cuatro a ciento cincuenta jornadas laborales; segundo, por razones preventivo especiales para evitar que una excesiva prolongación atente contra la dignidad del penado-trabajador y también teniendo en cuenta la legislación laboral la jornada no podrá exceder de dieciséis horas semanales. A todos los efectos la gravedad de esta pena viene indicada por el número de jornadas y no por la duración de ésta. Es decir, que una pena de siete jornadas con más horas de trabajo que otra de dieciséis jornadas es menos grave que ésta.

d) Los trabajos a los que puede dedicarse el penado son actividades de utilidad pública al servicio de la propia administración o de asociaciones de interés general (por ejemplo, ONG'S).

e) En todo caso corresponde al JVPEP el seguimiento del mismo, pudiendo solicitar a la administración, en la medida que es quien facilita el trabajo, los informes precisos. Nada dice el Código sobre las medidas que puede tomar el órgano judicial ante cualquier incidencia (enfermedad, accidente, revocación, compatibilidad con otros servicios sociales, derecho a la huelga, etc.)

f) Debe preservarse en todo caso la dignidad del trabajador, indicación absolutamente innecesaria y no debe, en consonancia con el carácter asistencial del trabajo, speditarse al logro de intereses económicos.

g) En caso de que el penado incurra en tres ausencias no justificadas al trabajo, el Juez de Vigilancia ordenará que la sentencia se ejecute ininterrumpidamente, computándose, en tal caso, dos días de privación de libertad por jornada semanal de trabajo. Esta ecuación se aplica con independencia de que la pena de trabajo de utilidad pública sea principal o sustitutiva. La ecuación de convertibilidad nos parece rigurosa en exceso ya que en el peor de los casos estamos sustituyendo dieciséis horas de trabajo por dos días de prisión. Por otra parte, el incumplimiento que contempla el Código se refiere exclusivamente a ausencia del trabajador-penado, pero no cuando incumple órdenes o reduce su productividad por debajo del mínimo aceptable.

La confusión del trabajo de utilidad pública con la pena de arresto de fin de semana no tiene ninguna justificación, entre ellas ni siquiera comparten la misma naturaleza, ya que el arresto es una pena del grupo de penas que privan de libertad al condenado afectando por tanto a la libertad ambulatoria y el trabajo, en cambio, se sitúa entre las penas que restringen otros derechos. Quizás el origen de esta confusión se encuentre en alguna de las dos siguientes circunstancias:

La creencia de que la pena de trabajos de utilidad pública debe necesariamente cumplirse de forma continuada en el tiempo. Esto no es así. Ya el propio juez de

la causa para salvaguardar el trabajo al que se viene dedicando normalmente le conde- nado (Art. 55 CP.) puede establecer en la sentencia que la pena se cumpla en fines de semana, sin especificar el horario laboral que es competencia del JVPEP. El Juez de la causa, en todo caso, tendrá que respetar el tope máximo de las ciento cincuenta jornadas semanales.

El segundo motivo de confusión entre ambas penas puede deberse a que el Art. 75 CP. señala que la regla de conversión para los casos de reemplazo de la pena de prisión será de “cuatro fines de semana o cuatro jornadas semanales de trabajo”. Falta en la redacción señalar que los fines de semana van referidos a los arrestos y no al trabajo, pero esta interpretación se deriva del artículo precedente en el que se indica que se puede reemplazar la prisión también por el arresto.

Es importante no confundir la pena de trabajo de utilidad pública con la medida cautelar de igual contenido que puede decidir el juez instructor cuando decide la suspensión de la instrucción de una causa penal (Art. 22 CPP). En efecto, aunque las similitudes en cuanto a su contenido son muchas (Cfr. Art. 23 N° 6 CPP), los motivos de incumplimiento varían y varían también las consecuencias que de él se derivan. En primer lugar, debe tenerse en cuenta que la prestación del trabajo en los casos de suspensión del procedimiento penal, es un instituto de naturaleza procesal y no penal, a pesar de que en ambos casos se ejecute bajo el control del JVPEP. Por este motivo las consecuencias de su incumplimiento son distintas en uno y otro supuesto. También lo son los criterios para valorar si se ha quebrantado o no el trabajo.

Tratándose de la pena el Código exige la ausencia durante tres jornadas semanales, mientras que en el caso de la suspensión del procedimiento bastará que el imputado se aparte “considerablemente, en forma injustificada, de las reglas impuestas” (Art. 24 CPP). El mayor rigor en este caso se debe a la idea que subyace en su regulación, de que se trata de un beneficio. Por supuesto son también diferentes las consecuencias, el incumplimiento de la obligación conlleva la revocación del beneficio y la consecución del procesamiento suspendido y el de la pena dará lugar a su sustitución por una nueva pena de privación de libertad, con un cómputo muy riguroso de dos días de privación de libertad por jornada semanal incumplida.

En el caso de la pena de trabajo se entiende incumplida con la ausencia injustificada durante tres jornadas, mientras que tratándose de la medida cautelar de carácter personal habrá incumplimiento “cuando se aparta considerablemente, en forma injustificada, de las reglas impuestas” (Art. 24 CPP).

☛ Beneficios Penitenciarios

32. ¿Cómo puede evitarse el injustificado beneficio punitivo que consigue quien obtiene el reemplazo de la prisión por arresto de fin de semana y cuando se está ejecutando esta última pena la quebranta?



Una de las particularidades de la pena de arresto de fin de semana es que combina periodos de libertad con otros de privación de la misma, de esta forma dosificada se pretende que el condenado pueda cumplir con su responsabilidad penal sorteando los graves inconvenientes que tiene la privación de libertad para las relaciones sociales, familiares y laborales. Ahora bien, esta combinación comporta riesgos evidentes de quebrantamiento de la pena por lo que todos los códigos que disponen de esta pena tienen previsto unas reacciones expresas frente al incumplimiento. Por lo general, se ha procurado huir de criterios excesivamente rigurosos considerando que una primera ausencia puede estar en muchas ocasiones justificada por problemas muy diversos como pueden ser enfermedades, transportes, etc.

Nuestro Código Penal considera que el quebrantamiento se produciría a la tercera ausencia no justificada. Si, por el contrario, el condenado se ausentare en una o más ocasiones y puede justificarlo o bien se ausentare por un número de veces inferior a tres, el JVPEP deberá modificar el calendario de cumplimiento, ampliándolo en tantos fines de semana como arrestos haya incumplido justificada o injustificadamente.

El legislador, por lo tanto, se refiere en el Art. 49 No. 3 CP. a tres ausencias, ya sean sucesivas o no, injustificadas. Cuando esto sucede inexorablemente se produce la sustitución de la pena de arresto por la de prisión a razón de dos días de prisión por cada arresto que le quedará por cumplir.

El problema que plantea la pregunta, se suscita a consecuencia de la última cláusula con la que se cierra el Art. 49 C.Cp, en la que se dice "De igual manera procederá el juez cuando la pena de arresto de fin de semana se hubiere impuesto como pena principal". De esta forma quien primero es condenado a una pena de dos años de prisión y obtiene el beneficio del reemplazo por arrestos de fin de semana, verá convertida la pena originaria en noventa y seis arrestos de fin de semana y si, con posterioridad, quebranta esta pena incumpliendo los tres primeros arrestos, ingresará en prisión no a cumplir los dos años originarios a que fue condenado, como parece lógico, sino tan sólo ciento noventa y dos días de prisión, es decir, algo más de seis meses.

Esta solución en si misma injustificable, lo es también si consideramos que el Código responde de forma totalmente distinta cuando se trata de una suspensión. En estos casos los incumplimientos van seguidos de la revocación del beneficio y la recuperación de la situación penal anterior a la concesión del mismo.

A nuestro juicio, no existe posibilidad de dar a la norma mencionada una interpretación distinta que permitiera la solución de revocatoria que es más lógica y coherente. Téngase en cuenta que en la concesión de cualquiera de estos beneficios la justicia apuesta por la autocapacidad de controlarse por parte del condenado y por ello le suspende o sustituye la pena impuesta. Pero si llegado el caso esas expectativas se frustran por algún incumplimiento, el beneficio debe revocarse y el condenado cumplir su pena.

¿Pueden hacerse extensivos los beneficios penitenciarios a la pena de arresto domiciliario?

La propia denominación de esta pena nos está indicando que su cumplimiento natural es el domicilio del condenado. No obstante, diversas razones, como la inexistencia de domicilio, hacen recomendable tener prevista como alternativa la posibilidad de que el arresto se ejecute en otro lugar o, incluso, en un centro penitenciario.

Cuando el JVPEP decide que el cumplimiento se lleve a cabo en una prisión la pena de arresto domiciliario no se diferencia de esta última nada más que en su duración. A falta de una diferencia material que justificase un régimen distinto parece lógico plantear la posibilidad de que se hagan extensivos a los condenados a arresto los derechos que se reconocen a quienes sufren una pena de prisión. Son numerosas las dudas que se plantean al respecto, pero una de las más relevantes por su trascendencia es la posibilidad de aplicar la suspensión condicional ordinaria (Art. 77 CP.), la suspensión condicional extraordinaria (Art. 78 CP.) o la suspensión extraordinaria de la ejecución (Art. 84 CP.).

A pesar de que la tesis extensiva encuentra el evidente obstáculo de la literalidad de los mencionados preceptos, en los cuales se menciona en repetidas ocasiones la prisión, lo cierto es que se genera un injustificado agravio comparativo para los arrestados.

A nuestro juicio la tesis extensiva, que permitiría aplicar a los arrestados domiciliarios, que cumplen en prisión su pena, las formas suspensivas, se puede defender a partir de los propios fundamentos de estos beneficios. En efecto, con ellos pretende evitar, con carácter general, el legislador la entrada en prisión por cortos periodos de tiempo, consciente que de ello sólo se derivan consecuencias negativas para la prevención en cualquiera de sus significados. Si para un condenado a prisión por tiempo inferior a los tres años está prevista por dichas razones la suspensión de la condena, por qué no habría de estarlo para un condenado a arresto domiciliario que entra igualmente en la prisión.

¿Existe contradicción entre lo establecido en el Art. 49 No. 3 CP. y el Art. 61 No. 2 LP respecto a la revocatoria de la pena de arresto de fin de semana?

En efecto la interpretación literal de ambos preceptos nos confunde en relación a la causa de revocatoria por ausencia del condenado. Mientras que el Art. 49.3 CP. señala que la tercera ausencia no justificada dará lugar a que el JVPEP ordene el cumplimiento continuado de la privación de libertad, convirtiendo los arrestos por cumplir en prisión a razón de dos días de prisión por cada arresto, el Art. 61.2 LP habla de ausencia injustificada durante tres días.

Como quiera que las interpretaciones de las normas jurídicas nunca pueden conducir al absurdo y el supuesto planteado por el Art. 61 No. 2 es inimaginable ya que el



arresto nunca está previsto que dure más de dos días, debemos concluir que se ha deslizado una errata y donde se dice tres días se ha querido decir tres ausencias. Esta interpretación es también lógica si comparamos el texto de ambos preceptos, pues, el Art. 61 No.2 L.P. no hace sino repetir casi literalmente lo señalado en el Art. 49 No.3 CP.

¿Cuál es la forma más idónea o conveniente para verificar el cumplimiento de la pena de arresto domiciliario?

El arresto domiciliario obliga al condenado a permanecer en su residencia y a no salir de la misma de forma continuada, sin justa causa, por el tiempo de su duración (Art. 50 No.1 CP.), pudiendo cumplirse en un lugar distinto si así lo autoriza el JVPEP. Una interpretación rigurosa de esta norma puede llegar a convertir al arresto domiciliario en una pena más rigurosa que la propia prisión, de ahí que ya contemple el Código la posibilidad de que existiendo una causa que lo justifique el arrestado, o que el lugar del arresto sea distinto del domicilio.

Las dificultades de controlar el cumplimiento de esta pena han provocado su crisis a pesar de que un amplio sector de la ciencia penal moderna la defiende por las ventajas que tiene de no separar al condenado de su medio natural y, especialmente, de su familia. Con ella se alcanza en algunos aspectos los mismos resultados que con la prisión, como puede ser la inocuización del sujeto, pero con una considerable economización de recursos públicos.

A pesar de todo asegurar el cumplimiento sigue siendo hoy día un problema. Los condenados se encuentran dispersos por la ciudad y para comprobar que no quebrantan el arresto no hay más solución que la utilización de dispositivos policiales, que hay que distraer de otras funciones que le son más propias. Más adecuado sería, por tanto, utilizar el Departamento de Prueba y Libertad Asistida, cuyos inspectores tienen competencias muy similares y se encuentran bajo la dependencia del JVPEP.

En algunos países se hace uso de medios telemáticos para controlar que el arrestado no abandona su domicilio. El más económico de ellos es aquel que obliga a introducir una pequeña tarjeta de reconocimiento de identidad en una ranura de un dispositivo colocado próximo al teléfono. También existen sistemas más sofisticados con controles de radares que detectan en cada momento la posición del condenado. Suelen ser estos últimos más caros y de mantenimiento más complejo.

Cuando se produce el quebrantamiento del arresto domiciliario se reemplaza por la pena de prisión. El Código no menciona ninguna regla de convertibilidad, lo que obliga a entender que cada día de arresto domiciliario se sustituye por un día de prisión después de descontar la pena de arresto que ya se haya cumplido. Se trata de una conversión ciertamente rigurosa, incrementada aún por la posibilidad de aplicar además el delito de evasión (Art. 317 CP.).

¿Cómo proceder cuando existen pagos parciales de la pena de multa y lo cancelado no coincide con el importe del día multa?

El legislador no ha querido cerrar la ejecución de la multa en unas normas excesivamente rígidas, sino que permite que tanto el tiempo como la forma de pago sean concretados con posterioridad por el JVPEP. Incluso, la propia asunción de competencias de éste se explica por el empeño en que estas decisiones vayan precedidas de un estudio detallado de la capacidad económica, presente y futura del condenado, de esta forma los riesgos de impagos y reemplazos por penas de carácter corporal serán menores.

Así pues, entre las posibilidades que se le ofrecen al condenado está la de fraccionar el pago de acuerdo, por ejemplo, con sus ingresos. Cuando éstos de forma inopinada decrecen el JVPEP puede reducir la cuota o aplazar el pago (Art. 53 CP.). También está contemplada en el mismo precepto la posibilidad de reducir las cuotas periódicas que se hayan establecido después de la sentencia, todo ello barajando criterios de racionalidad.

Cuando el penado ha realizado pagos parciales y lo cancelado no coincide con el importe del día multa, pueden darse dos supuestos distintos:

Que el JVPEP haya impuesto como forma de pago, el pago en un sólo plazo. En este caso, se procede a dividir la totalidad del monto entre los días-multa de condena, el resultado es que a cada día corresponderá una cantidad. La cantidad abonada alcanzará a un determinado número de días, que son la pena cumplida. Con el resto de los días se procede a reemplazarlos por la pena de trabajo de utilidad pública a razón de dos horas de trabajo por cada día de multa.

Que el JVPEP haya impuesto el pago fraccionado por días. En este caso el propio JVPEP ha determinado la cantidad de dinero que corresponde a cada día y procede hacer la misma operación del supuesto anterior.

☛ REEMPLAZO DE LA PENA

¿Deben necesariamente especificar las Sentencias de manera concreta por cuantas jornadas semanales de trabajo de utilidad pública se ha reemplazado la pena de prisión? o, ¿A cuántos arrestos de fines de semana o arrestos domiciliarios? o, ¿Basta con decir que la prisión se reemplaza por igual tiempo de lo antes mencionado Art. 361 CPP?

A pesar del automatismo con que se procede a la hora de sustituir la pena originaria por la nueva, esta operación puede plantear algunas dudas, en especial cuando los tiempos están fraccionados. De ahí que el CP. establezca una norma específica para esos supuestos. Por otra parte, no debe olvidarse que si el interesado no está conforme con la conversión puede iniciar un expediente de queja que en caso de no



concretarse la pena sustitutiva deberá resolver un órgano judicial que teniendo atribuciones para ello no ha sido que materialmente realizó la operación.

Por último, tal como señalan las normas procesales las sentencias deben de recoger concretamente la pena que se impone y que se va a ejecutar. Esta obligación no se cumple cuando dicha pena es el resultado de un reemplazo y el Juez o Tribunal se limita a indicar en la sentencia que procede a ser reemplazada sin indicar por cual otra pena y con que duración.

☛ REQUISITOS DEL REEMPLAZO DE LA PENA

38. Al momento de la Sentencia los Jueces no le dan aplicabilidad al Art. 77 CP. es decir que primero deberían de valorarse las reglas del Art. 74 CP. y si no es procedente dichas reglas proceder a la SUSPENSIÓN CONDICIONAL DE LA EJECUCIÓN DE LA PENA; si no que la mayoría de Jueces casi automáticamente suspenden o reemplazan.

Realmente el orden lógico parece el contrario al que emplea el legislador y que según se señala en la pregunta suele emplear la jurisprudencia; por la sencilla razón de que los jueces primero deben de tratar de aplicar el beneficio más generoso, es decir, la suspensión, y, cuando éste no sea de aplicación, por no concurrir las circunstancias que requiere, acudir en segundo término al menos beneficioso, el reemplazo.

Obsérvese que el Art. 74 CP. en sus apartados establece una disposición que deben los jueces aplicar por ministerio legal y una segunda que resulta potestativa.

Con la primera se garantiza, con carácter general, que ninguna persona irá a prisión por un tiempo inferior al año. De manera que cuando el reo es condenado a una prisión por debajo de ese tiempo los jueces y tribunales están obligados (“deberán”) sustituirla por arresto de fin de semana, trabajo de utilidad pública o multa, de acuerdo con unas reglas de conversión recogidas en el Art 75 CP.

Ahora bien tratándose de penas de prisión comprendidas entre el año y los tres años el imperativo legal cede y se convierte en una potestad que debe de resolverse teniendo en cuenta “las circunstancias del hecho cometido”. No es acertada esta expresión ya que tratándose, como se trata, de un instituto jurídico fundado en razones preventivas y no meramente retributivas, no debieran ser -o, al menos, no únicamente- las circunstancias del hecho, sino sobre todo las del autor las que fundamente su concesión o no.

En todo caso, la interpretación y aplicación de este precepto debe hacerse en conexión con el Art. 77 CP. donde el legislador comienza diciendo que su aplicación se hará “en defecto de las formas sustitutivas”, sin mayor precisión, Entendemos que se quiere decir una vez comprobado que no puede aplicarse el párrafo primero del Art. 74

C.Cp, cuya aplicación depende sólo del criterio objetivo de la duración de la condena impuesta y que adquiere prioridad por el carácter imperativo que le otorga el legislador.

Distintas son las cosas cuando nos encontramos frente a condenas a penas de prisión comprendidas entre el año y los tres años. Aquí ya no es de aplicación taxativa la cláusula que hace prevalecer el reemplazo frente a la suspensión, sino que se abre una opción entre ambos institutos. El órgano judicial deberá resolver a favor de reemplazar la pena o de suspenderla. Corresponde la suspensión cuando la prisión o sus alternativas punitivas resultan inconvenientes y además se han cancelado las obligaciones civiles. El primero de los requisitos tiene un carácter subjetivo, mientras que el segundo es de naturaleza objetiva. Si no concurren ambos favorablemente, o sólo concurre uno de ellos, el condenado verá frustrada la posibilidad de acceder al máximo beneficio que la justicia penal está dispuesta a asumir por razones preventivas y tendrá que contentarse con optar sólo a que la pena originariamente impuesta se le sustituya por otra más grave que evita su ingreso en la prisión.

VI. CONVERSION DE LA PENA.

☛ CRITERIOS DE CONVERSIÓN DE LA PENA.

Se identificó que no existe criterio uniforme por parte de los JVPEP, en la elaboración del cómputo. El Art. 441 CPP regula la conversión de la detención provisional.

En este aspecto algunos jueces son del criterio e interpretan que la detención provisional comprende desde el día de pronunciamiento de la sentencia, aplicando este período a la conversión de la pena de conformidad al Art. 441 CPP. Mientras que otros Jueces toman en cuenta para la aplicación de dicho artículo que la detención provisional comprende desde el día de su detención hasta el día que se declara ejecutoriada la sentencia, ya sea en forma expresa o tácita. Además, no consta la fecha de restricción ambulatoria de los condenados.

El cómputo es competencia del JVPEP (Art. 37 LP). Al quedar derogado el Art. 441 A (D.L. N° 487, del 18 de julio de 2001) las reglas del cómputo o liquidación de la pena son las del Art. 44 de la Ley Penitenciaria y en él se señala que, una vez que haya recibido la certificación correspondiente de la sentencia, el JVPEP procederá a descontar del tiempo de pena "el tiempo que ha estado privado de libertad", independientemente de que sea antes o después de la sentencia.

Según señala el enunciado de la pregunta existen criterios muy dispares sobre el momento en que debe contabilizarse el tiempo de prisión preventiva a los efectos de deducirla de la pena finalmente, impuesta. En este sentido nos encontramos al menos con los siguientes criterios:



La fecha en la que la persona fue detenida por la Policía Nacional Civil.

La fecha en que el Juzgado de Paz decretó la prisión provisional.

La fecha en que el Juzgado de instrucción ratificó la detención provisional decretada por el Juzgado de Paz.

La elección de una de estas tres fechas debe ser respetuosa con el criterio de materialidad de la privación de libertad. En efecto, no con el cómputo se trata de que la pena el daño a la libertad ambulatoria del reo se ajuste al tiempo de la condena a prisión, de manera que independientemente de la consideración jurídica que merezca en cada momento la privación de libertad, lo cierto es que la misma existe y le esta menoscabando a la persona un derecho fundamental, de no deducir ese tiempo de la pena impuesta se estaría lesionando gravemente el principio de proporcionalidad y también el principio de legalidad según el cual la privación de libertad debe ser aquella que corresponde a la sentencia firme dictada por un órgano judicial de acuerdo con un procedimiento legalmente predeterminado.

La coordinación entre el Juez o tribunal que dicta la sentencia firme y el correspondiente JVPEP es imprescindible para evitar daños injustificados en los derechos de los reos. Los jueces de lo penal deben procurar que en la certificación se adjunte todos los datos relativos a la causa y, especialmente, las fechas de captura, a los efectos de posibilitar las labores de cómputo de los JVPEP.

Otras cuestiones no menos trascendentes aparecen planteadas sin que el legislador les haya dado solución. Así, por ejemplo:

¿La prisión provisional y el resto de las medidas cautelares que se imponen a lo largo del proceso deben deducirse de la misma causa penal o pueden serlo de cualquiera de las que eventualmente tenga pendiente el condenado?

Existe una incontestable tendencia en el derecho comparado a romper con aquellas barreras que impedían que todo el daño producido por la justicia penal en la aplicación de las medidas cautelares pudiera deducirse de la pena en firme. Ciertamente no puede concederse a las personas "cheque en blanco" de penas para deducirlos de futuras penas por futuros delitos, pero si estamos hablando de una pluralidad de causas penales abiertas no hay razón que a los efectos del cómputo todas ellas venga a una unidad común de contabilidad.

¿Sólo pueden deducirse medidas cautelares personales?

Por las mismas razones apuntadas anteriormente, los cómputos no deben quedarse tan sólo en sanciones homogéneas, es decir, de la misma naturaleza, a pesar de las dificultades que entraña también las medidas cautelares de carácter real (secuestros, custodia o depósitos de objetos) deben deducirse de la pena impuesta, aún cuando sea de carácter personal, según unos criterios generales de ponderación.

¿El cómputo sólo se hace en las penas privativas de libertad?

Tampoco tiene justificación, ni apoyo legal considerar que los cómputos afectan únicamente a las penas privativas de libertad o a la pena de prisión; bien, al contrario, las penas de inhabilitación o de multa pueden verse reducidas por la circunstancia de que el reo haya padecido un tiempo de prisión preventiva.

VII. ACUMULACION DE PENAS.

☛ CUMPLIMIENTO DE PENAS SUCESIVAS

40. ¿Qué hacer cuando una persona se encuentra cumpliendo una pena de prisión y debido a que comete un nuevo delito es condenado a otra pena de prisión, y sobrepasa el límite establecido en la ley o su cumplimiento podría tomarse como una pena perpetua?, ¿Cumplirá hasta el límite legal? o ¿Cumplirá la totalidad de las penas?.

I. Cuando esto sucede se aplican las reglas del concurso real (Art. 71 CP.), es decir, se acumulan las penas y se ordenan para su cumplimiento sucesivo, sin que puedan sobrepasar el tope máximo de los setenta y cinco años. No existe prisión perpetua, como expresamente señala la Constitución (Art. 27 No.2), pero si llegase en algún momento, debido a una reforma, a castigarse con dicha pena un delito, debe tenerse en cuenta que la prisión perpetua es una pena independiente a la que nunca se puede llegar por acumulación de dos o más penas graves.

II. La segunda cuestión que se plantea debe responderse teniendo en cuenta la reforma del CP. del 9 de septiembre de 1999 por la que se introdujo el nuevo Art.92 lit. A., que limita el acceso a la libertad condicional. De no existir este precepto todos los condenados por grave que fuera la pena de prisión que sufren tienen posibilidades de disfrutar la libertad condicional e, incluso, la anticipada. De manera que cumplidas, en su caso, las dos terceras partes, si se dan el resto de los requisitos, saldrán en libertad condicional.

Sin embargo, aquí se suscita un viejo debate, que en parte ha sido abordado en una pregunta anterior, sobre como debe entenderse “las dos terceras partes de la condena impuesta” (Art. 85 CP.). Al respecto caben dos interpretaciones posibles. La una considerar que la condena impuesta es la suma de la totalidad de las penas a las que el reo ha sido condenado; la otra entender que la misma es la pena que materialmente se va a cumplir, es decir, la resultante de aplicar las reglas del concurso real, que, en el momento actual, son setenta y cinco años, como máximo (Art 71 CP.). Una u otra solución lleva aparejada consecuencias muy dispares, ya que si tomamos en cuenta la suma total, gran parte de los condenados a varias penas de larga duración no alcanzarían nunca el beneficio de la libertad condicional.



Esta solución no es aceptable en la medida que excluye desde el principio el acceso a los incentivos resocializadores de determinados condenados, lo cual entra en contradicción con los propios postulados de la resocialización que no renuncia a lograr la incorporación del sujeto a la sociedad ni siquiera tratándose de personas con largas condenas apuestan por alcanzar ésta.

Así pues, nos inclinamos por considerar que la condena impuesta sobre la que debe medirse las dos terceras partes será setenta y cinco años, siempre que la suma de las penas exceda de esa cantidad.

Sin embargo, como decíamos, el alcance de esa solución se ha visto limitado por la reforma mencionada y la entrada en vigor del Art. 92-A que directamente excluye de este beneficio a quienes se encuentren en alguno de los siguientes supuestos:

Reincidentes y habituales. Son reincidentes o habituales aquellos a los que se les ha aplicado cualquiera de estas dos circunstancias agravantes (Art. 30. 16 CP.).

Los que hayan conciliado antes del nuevo delito, en los últimos cinco años una infracción similar.

Los que pertenezcan a organizaciones delictivas o que tengan finalidades ilícitas, bandas o pandillas criminales o realicen los actos en grupo de cuatro o más personas. Todas estas circunstancias deben quedar acreditadas expresamente en la sentencia.

Los que hayan cometido delitos que lesionen o pongan en peligro la vida, la integridad personal, la libertad ambulatoria, la libertad sexual o el patrimonio.

El Art. 92 lit. A., nos obliga a diferenciar entre aquellos condenados que lo son a varias penas de larga duración y que no encajan en ninguno de los supuestos de este precepto, para los que se tiene en cuenta los setenta y cinco años a los efectos de la libertad condicional y aquellos otros, que se incluyen en cualquiera de los supuestos del Art. 92 lit. A., quienes en ningún caso podrán acceder a este beneficio y cumplirán los setenta y cinco años de prisión que es el máximo previsto para esta pena.

¿Cómo debe procederse cuando se ha impuesto una pena de multa y el condenado carece de medios para abonarla?

En su afán por reducir a la mínima expresión la llamada responsabilidad personal subjetiva por multa impagada, auténtica sombra en la evolución expansiva de las penas pecuniarias, el Código no ha dado una solución clara a todos los casos en los que el penado no puede hacer frente al pago de esta pena. El Art. 54 CP. aborda esta cuestión señalando que si el condenado no tuviera capacidad económica el órgano judicial -concretamente, el juez de la causa- deberá sustituir la multa por la pena de trabajo de utilidad pública a razón de dos horas de trabajo por cada día multa. Se trata de una sustitución sui generis que permite la reversibilidad a la pena originaria de multa si en cualquier momento posterior el penado dispusiera de fondos económicos y la pagara.

Sin embargo, con ello no quedan resueltos todos los supuestos de impago que pueden plantearse, ya que el Art. 54 circunscribe su aplicación a la incapacidad que es apreciada por el juez de la causa en la misma sentencia, probablemente debido al conocimiento de las circunstancias del reo obtenidos durante la instrucción de la misma. Pero puede ocurrir que ésta sea sobrevenida. En este supuesto debemos de atender, en primer lugar, a las razones de dicha incapacidad, si son fortuitas o se pueden achacar a una conducta intencionada por parte del penado. En el primer caso, el JVPEP puede o bien reducir el monto de las cantidades a abonar, o bien aplazar los pagos. Nada se señala sobre hasta dónde puede llegar el aplazamiento, tan sólo que debe poseer "racionalidad". Parece lógico pensar que el tope máximo del aplazamiento esta marcado por los propios plazos de prescripción de la multa aplazada. Por otra parte, teniendo en cuenta que el aplazamiento esta pensado para beneficio del condenado, deberá contarse con su consentimiento y, previamente, con su audiencia.

El Art. 52. 2 CP. parece abordar los casos en que el condenado no paga, pudiendo hacerlo, de ahí que se remita a las mismas soluciones del Art. 54. Cuando el condenado a la multa no paga después de que se han empleado contra él todas las vías de apremio legales, no constando que la insolvencia sea fortuita, el JVPEP procederá a sustituir la multa por la pena de trabajo de utilidad pública a razón de dos horas de trabajo por cada día de multa. Resulta sorprendente que al condenado que oculte su patrimonio para no pagar se le esté dando finalmente el mismo trato punitivo que a quien no tiene capacidad económica, como también resulta incoherente que la incapacidad merezca un trato tan dispar según se aprecie por el juez de la causa o por el JVPEP, antes o después de la sentencia.

☛ ACCESORIEDAD DE LAS PENAS

¿Qué significa que una pena es accesoria respecto de otra de acuerdo con el Art. 46 CP.?

El Art. 44 CP. distingue entre penas principales y accesorias, sin que se encuentre a lo largo del Código Penal una definición de una u otra. Que no exista una definición no es de extrañar porque no corresponde al legislador, sino a la ciencia, dar definiciones de conceptos, sin embargo, ya es más preocupante que la confusión del texto legislativo no nos permita hacernos una idea clara de qué alcance y qué relación tienen las penas accesorias con las principales. A pesar de ello, es necesario, una vez más, resaltar la trascendencia práctica de estos conceptos.

El término accesoriadad es una expresión de relación entre dos elementos. Si afirmamos que una pena es accesoria, ello quiere decir que lo es respecto de otra que es principal, en un triple sentido, porque va unida irremediabilmente a ella, ya que tiene su misma duración y, también, porque se cumplen simultáneamente. Sin embargo, el Art. 46 se limita a calificar como accesorias las penas de inhabilitación absoluta y especial, expulsión de los extranjeros del territorio nacional y privación del derecho de conducir vehículos de motor. ¿A qué penas principales acompañan?, ¿A todas?, ¿A la más grave?, ¿Cuáles son las penas accesorias que debe aplicar un juez cuando condena



a una pena principal?. Todas estas cuestiones sin responder nos conducen a soluciones o incoherentes o desproporcionadas, únicamente sabemos por el mencionado precepto que la inhabilitación -suponemos que ambas, la absoluta y la especial- puede aparecer también como pena principal.

Tomemos un ejemplo. El Art. 338-A castiga la desobediencia de las medidas cautelares en las relaciones familiares con prisión de uno a tres años. ¿Deberá añadir como castigo el juez todas las accesorias del Art. 46?, ¿Sólo algunas? o ¿Ninguna hasta que expresamente lo diga el legislador en el delito concreto? Si contestamos afirmativamente a la primera pregunta la pena infringe el principio non bis in idem y con toda probabilidad será desproporcionada. Si, por el contrario, contestamos afirmativamente la segunda respuesta la lesión se produce al principio de seguridad jurídica, pues nada se nos indica sobre cual de las accesorias hemos de aplicar. Por último, al contestar afirmativamente la última cuestión rompemos con el principio de accesoriedad y convertimos las penas accesorias en penas principales.

Pero el mencionado artículo añade otras importantes informaciones al respecto. Cada una de las penas accesorias aparece con una duración mínima y máxima, salvo la expulsión del extranjero, cuya duración máxima de cinco años aparece indicada en el Art. 60 CP. ¿Quiere esto decir que a pesar de ser penas accesorias no tienen la misma duración que la principal? En efecto, a falta de una indicación expresa en ese sentido, no cabe más remedio que considerar que el órgano judicial correspondiente deberá determinar la duración de la pena accesoria en cada caso independientemente de la principal. Una u otra pueden sobrepasarse en el tiempo.

Todavía añade el Art. 46 CP. más confusión al tema ya que tampoco se resalta la simultaneidad en el cumplimiento respecto de todas las accesorias. Concretamente, la expulsión del territorio nacional tendrá lugar "luego de cumplida la pena principal" (Art. 60 CP.) la tercera de las características de las penas accesorias es que son simultáneas a la principal en su duración.

Ante este panorama normativo incierto, sólo cabe concluir que las penas accesorias no existen nada más que formalmente o que, en todo caso, la única pena accesoria es la inhabilitación absoluta y no porque lo diga el Código Penal, sino porque lo señala expresamente el Art. 75 de la Constitución.

☛ APLICACIÓN DE LAS REGLAS DE CONVERSIÓN YA DEROGADAS.

43. Al decretarse al interno detención provisional por un nuevo delito, ¿Debe aplicársele para el cómputo las reglas del Art. 441 lit. "a" CPP derogado, si estaba ya cumpliendo una pena con anterioridad?.

Como es sabido en Julio del 2001 se derogó el Art. 441 lit. "a" CPP. cuyo contenido procedía, a su vez, de un precepto del CP. De acuerdo con el mismo se establecía una tabla de cómputo de la prisión provisional que no responde al criterio



parificado de uno por uno, sino que la capacidad de reducción era progresiva, aumentando de acuerdo con la duración de la prisión preventiva. Aquella regla de conversión es más favorable para el reo cuando la duración de la prisión preventiva superaba los seis meses.

Derogado el referido precepto, hoy el cómputo se ha parificado en todos los supuestos, sin embargo, al tratarse de una modificación que perjudica los intereses del condenado, está sometido al principio de irretroactividad (Art. 21 Cn.). El Art. 441 lit. "a", estará vigente para aquellos casos en los que la prisión preventiva ha superado los seis meses y haya sido ordenada en relación con hechos cometidos con anterioridad al 18 de Julio del 2001.

Pueden suscitarse dudas cuando se trata de una pluralidad de delitos cometidos que están entre ellos en una relación de concurso real o de delito continuado, pero que algunos se cometieron con anterioridad a la derogación del referido precepto y otros posteriormente. El concurso real y, con mucha más razón el delito continuado es una construcción jurídico penal que alcanza a todos los expedientes relacionados con la determinación de la pena, dentro de los que se encuentra el cómputo que debe llevar a cabo el JVPEP. Los delitos se habrán individualizado en estos casos únicamente para determinar el grado de responsabilidad del sujeto respecto de los mismos. El cómputo se realiza globalmente sobre el conjunto de la pena como si se tratase de una unidad. La refundición también estará vigente en el ámbito de la ejecución de la pena.

De manera que de la totalidad de las penas impuestas y refundidas se deduce el tiempo de prisión preventiva de acuerdo con el artículo derogado si ello favorece al reo y alguno o algunos delitos se cometieron con anterioridad a su derogación.

TEMA VIII. PENA DE MULTA.

☛ IMPOSICIÓN Y CAPACIDAD ECONÓMICA PARA EL PAGO DE LA PENA DE MULTA.

No se verifica por el juez de la causa la capacidad económica del infractor para su imposición.

En algunas ocasiones no se determina con exactitud el monto de la misma cuando es impuesta a varios sujetos.

I. La multa es una pena ampliamente extendida en el derecho comparado, además en los últimos tiempos presenta una tendencia expansiva gracias a sus nuevas formulaciones que permiten mitigar algunos de sus inconvenientes característicos. Desde una perspectiva penológica la multa presenta una considerable flexibilidad para hacer eficaz el principio de individualización de la pena, además no afecta a derechos de carácter personalísimos, también desde una punto de vista sociológico tiene eviden-



tes ventajas ya que en nuestra sociedad moderna y consumista el dinero tiene un atractivo muy poderoso y su posible pérdida puede intimidar eficazmente sin dañar sustancialmente las relaciones sociales del sancionado. Tampoco debe ocultarse que mientras que los costos de una prisión son enormes la multa en definitiva supone un ingreso en las arcas del Estado.

En el nuevo Código Penal aparece ya utilizada la multa con más frecuencia como pena principal única y también como alternativa a la prisión de corta duración. Este incremento del uso de esta pena debe valorarse muy positivamente, como también los esfuerzos del legislador por evitar que la multa impagada se convierta sustitutivamente en pena de prisión. Desde una perspectiva jurídica es más discutible la oportunidad contemplada en el Art. 53 CP. de que el JVPEP pueda reducir incluso el importe de las cuotas cuando el delincuente, después de la sentencia, empeore su fortuna de tal modo que le sea imposible satisfacer la pena impuesta. Aquí se trata de una modificación de la pena con posterioridad a la sentencia firme lo que infringe el principio de cosa juzgada. Por las mismas razones otras penas podrían dejar de cum

El Código ha sustituido el sistema global por el llamado de días-multa ideado por el sueco Thyren y experimentado con éxito en los códigos penales escandinavos (Finlandia, Suecia y Dinamarca). Básicamente el sistema de días-multa consiste en fijar unas cuotas diarias, semanales o mensuales que el penado deberá satisfacer en el momento del vencimiento. La importancia de este sistema y la razón de su éxito radica no sólo en la posibilidad de hacer pagos aplazados sino en la de dividir el proceso de determinación de la pena en dos fases. En la primera el tribunal señala el número de días, semanas o meses de acuerdo con los criterios generales de valoración del injusto y la culpabilidad. Los máximos y mínimos varían de unos países a otros. En la segunda fase se determina el importe de la cuota que debe pagarse, según los casos, durante un determinado número de días, semanas o meses fijados en la fase anterior.

En el sistema más extendido el tribunal debe fijar el importe teniendo en cuenta para ello exclusivamente la situación económica del reo. Por lo general el legislador ofrece unas cantidades máximas y mínimas para evitar una desvinculación absoluta del injusto y el consiguiente riesgo de lesión del principio de proporcionalidad de las penas. Con este sistema se excluye la posibilidad de que un penado pueda abonar en caso de desearlo la totalidad de la multa, lo cual en ocasiones puede resultar un gravamen del todo innecesario.

Algunos sistemas, como es el caso de Alemania, permiten tener en cuenta no sólo el patrimonio actual del reo, sino también los ingresos previstos. En realidad se trata de dos concepciones distintas del sistema de días-multas. En sus orígenes Thyren concibió las cuotas tan sólo como una modalidad de pago aplazado de ahí que fijara su importe valorando globalmente el patrimonio, mientras que en la actualidad se busca una mayor vinculación punitiva del reo -multa duradera (Baumann)- para lo que se detrae una cantidad de sus ingresos netos de acuerdo con su salario y sus gastos.

A pesar de que algún sector de la doctrina ha criticado su similitud con la confiscación de bienes (Heinz Zipf) el sistema germano es sin duda más interesante ya que refuerza el contenido preventivo de la pena, pero, sin embargo, plantea mayores dificultades para ponerlo en funcionamiento.

El tribunal tendrá que conocer por otras vías distintas de la información del propio interesado una serie de datos relativos a su situación económica (ingresos, rentas, pensiones, así como gastos fijos previsibles, excepcionales, etc.). Sólo si se dota adecuadamente de un personal capaz y suficiente para realizar estas tareas será posible una adecuada individualización de la multa.

Finalmente, hay que señalar que por encima de los sistemas la pena de multa para ser adecuadamente individualizada requiere que el órgano que haya de fijar las cantidades cuente con una información completa y actualizada. La rápida "claudicación ante la insolvencia" tan frecuente en la praxis judicial es una perversión del sistema -que será más grave cuando entre en vigor los días-multas- forzada por la imposibilidad de conocer realmente las condiciones económicas del multado.

El CP. establece que el marco de la cuota diaria debe estar comprendido entre una tercera parte del menor salario mínimo diario vigente en el lugar al tiempo de la sentencia y cinco veces dicho salario (Art. 51 CP.), dentro de este marco la cuota se determina de acuerdo con las condiciones personales, a la capacidad de pago y a la renta potencial del condenado al momento de la sentencia (Art. 51 CP.).

II. La importancia de indagar la capacidad patrimonial del condenado es la piedra angular de la que depende el éxito de esta pena, gracias a una acertada adecuación de la multa a dicha capacidad se evita que debido al impago esta termine convirtiéndose en una pena de mayor gravedad y, por otra parte, se logra que mantenga un proporcionado efecto intimidatorio de acuerdo con la capacidad económica del reo cuando se trata de condenados de alto poder adquisitivo.

Ahora bien el escaso interés que se desprende de la pregunta que ahora comentamos por parte de los jueces por saber exactamente cuál es la capacidad económica del reo, no siempre es debido a la desidia de éstos como a la falta de recursos humanos y a las dificultades con que se encuentra por parte, incluso, de la propia administración de Hacienda para obtener una información rápida sobre dicha capacidad. Las peticiones a veces son desatendidas y, en otras, tardan en llegar y retrasan la resolución del caso. De ahí que ante esta experiencia frecuente también en otros países, algunos códigos permiten que la determinación de la cuota diaria se señale con posterioridad al fallo, para no dilatar la publicidad de este.

Se observa una aparente contradicción entre los Arts. 52 CP. y 361 CPP. El primero de ellos otorga la competencia de fijar los plazos de pago de la multa a los JVPEP, mientras que en el segundo se dice que la sentencia recogerá "el plazo dentro del cual corresponderá pagar la multa". Debe entenderse aquí por plazo la duración de la pena de multa, reservando el JVPEP la decisión de si ha de pagarse de una sola vez o en plazos semanales o mensuales.



III. Termina planteándose en la pregunta la posibilidad de que existan varios sujetos responsables. Esta circunstancia no afecta para nada a la pena de multa ni a su determinación ya que como toda responsabilidad penal se rige por el principio de personalidad. Otra cosa distinta sucede con la responsabilidad civil derivada del delito, la cual exige que se distribuya en cuotas cuando son más de una las personas responsables del hecho delictivo.

IX. INTERVENCION DEL MINISTERIO PUBLICO.

☛ INTERVENCIÓN DEL DEFENSOR EN LOS JUZGADOS DE VIGILANCIA PENITENCIARIA Y EJECUCIÓN DE LA PENA.

45. En una audiencia por Queja Judicial ¿Está obligado el Juez de Vigilancia Penitenciaria y de Ejecución de la Pena a solicitar la designación de un defensor público cuando el denunciado no ha designado su propio defensor?.

El Art. 10 CPP señala que “todo imputado gozará del derecho irrenunciable, a la asistencia y defensa de un abogado, desde el momento de su detención, hasta el fin de la ejecución de la sentencia” y en caso de que no lo designe personalmente se nombrará un defensor público. Si bien es cierto que se refiere al imputado, no lo es menos que la norma mencionada extiende el derecho a la defensa técnica “hasta el fin de la ejecución de la sentencia”, momento en el que el sujeto ha perdido ya la condición de imputado. Por su parte, la Constitución muestra un texto más claro reconociendo el derecho a la defensa técnica gratuita tan sólo cuando a la persona se le imputa un delito (Art. 12 Cn.).

También la legislación penitenciaria reconoce con carácter general la obligación de la administración penitenciaria de “garantizar la asistencia letrada de los internos durante los trámites jurídicos que se susciten en la etapa de ejecución penal, si el condenado no pudiere nombrar abogado” (Art. 6 LP) y vuelve de nuevo a reconocerla en relación con los procedimientos disciplinarios (“amplia posibilidad de defensa, pudiendo solicitar asistencia jurídica para efectuar su descargo” Art. 132 LP). En un sentido similar se expresa el Reglamento Penitenciario (Art. 4 lit. “ f “ RGLP).

Pero más allá de la interpretación literal corresponde analizar si dentro del derecho a la tutela judicial efectiva se recoge la asistencia técnica de los reclusos en sus incidencias con la administración penitenciaria.

Se entiende el derecho a la tutela judicial efectiva como la posibilidad de utilizar los cauces procesales que el legislador haya establecido tanto para acceder a una jurisdicción como a los sucesivos recursos e instancias. En sentido inverso, se lesiona este derecho cuando se interpone un obstáculo al ciudadano que le dificulta gravemente la posibilidad de demandar la protección judicial o de emplearla con plenitud de garantías.

Más concretamente, la vulneración de este derecho se produce cuando la autodefensa ejercida por aquel a quien se le niega el derecho se manifiesta incapaz de compensar la ausencia de una defensa técnica, lo cual se mide en cada caso concreto de acuerdo con la complejidad del mismo, la complejidad del debate procesal, la cultura jurídica de la persona, las posibilidades de asesorarse y de la trascendencia del asunto.

En este conjunto de circunstancias radica a nuestro juicio las mejores razones para exigir la defensa gratuita tanto en los procedimientos de quejas judiciales. Una persona privada de libertad, al que no se le niega otro derecho distinto de la libertad ambulatoria, no se encuentra en condiciones de acceder con igualdad de garantías a la jurisdicción que una persona libre. La formación no sólo jurídica, sino general de la población penitenciaria se encuentra según los datos empíricos que se conocen muy por debajo de la población nacional. Los reclusos pertenecen a las clases más desfavorecidas de la sociedad, entre ellos existen porcentajes muy altos de analfabetismo y la autodefensa les sitúa en una posición de manifiesta inferioridad ante la administración.

Por otra parte, los procesos penitenciarios han adquirido una considerable complejidad. El interno tiene como parte contraria a la propia Administración Penitenciaria que se sitúa generalmente en una posición de prepotencia y que está asistida por funcionarios especialistas en derecho penitenciario. Las normas que tienen que aplicarse están por lo general dispersas en un bosque normativo que exige unos conocimientos técnicos. Pero quizás la razón de mayor peso es la trascendencia de las resoluciones muchas de las cuales afectan directamente a los grados de privación de libertad que sufre el condenado o a las limitaciones a otros derechos fundamentales tales como la salud, la educación, la alimentación, la integridad física, el trabajo, la cultura, etc. Si para el procedimiento disciplinario el legislador se manifiesta expresamente a favor de asegurar la asistencia técnica gratuita, ¿cómo no hacer extensivo este mismo derecho cuando se trata de resoluciones que afectan a los mismos derechos u otros de mayor relevancia?

Ciertamente, que se ha dicho que asegurar la defensa jurídica puede traer como consecuencia unos procedimientos más lentos en una justicia en la que la agilidad de las resoluciones resulta imprescindible ya que los tiempos penitenciarios son generalmente muy cortos. Esta objeción podría soslayarse garantizando que a los internos que inician una queja o un incidente se les va a ofrecer la posibilidad de contar con la asistencia letrada. En cada momento y situación serán los propios interesados los que resuelvan en uno u otro sentido.

Finalmente, en algunos países se ha solventado la asistencia técnica mediante el ofrecimiento por la propia administración penitenciaria de un servicio jurídico. Esta posibilidad, a nuestro juicio, no satisface las exigencias de la tutela judicial efectiva. Por una parte, porque su asistencia es meramente consultiva, sin llegar a personarse en el expediente; y, en segundo lugar, porque se trata de un profesional suministrado por la propia administración contra la que se dirige la queja, lo que pone en entredicho su objetividad.



☛ INTERVENCIÓN DEL FISCAL EN MATERIA PENITENCIARIA

Los fiscales manifiestan desconocer la realidad penitenciaria al estarles prohibido por la Fiscalía el acceso a los Centros penitenciarios. Prohibición que según los mismos obedece al desconocimiento de la Jefatura, sobre el rol del fiscal dentro de la ejecución de la pena, al quererlo equipar con el fiscal de caso.

Con carácter general el fiscal asume funciones de control de legalidad sometido a los principios de unidad de actuación y dependencia jerárquica (Art. 193 Cn. y Arts. 83-86 CPP). El condenado se encuentra privado de la libertad ambulatoria, pero en la ejecución de la pena es misión del Estado respetar el resto de los derechos no afectados por la condena. Alcanzar ese armónico equilibrio es tarea prioritaria del mundo jurídico en la que desempeña papeles muy relevantes tanto el JVPEP como el Fiscal de Vigilancia Penitenciaria.

No se trata de mantener una actitud de recelo y sospecha frente a la actividad penitenciaria realizada por los funcionarios de prisiones. Bien al contrario, la intervención del Ministerio Fiscal allá donde se produce surge de la necesidad de asegurar el control de legalidad. Y si nos referimos a un ámbito en donde los derechos en juego son de extrema importancia y los daños en la mayoría de las ocasiones irreparables, no tendría sentido que, precisamente allí, se abriera un espacio alejado del control imparcial del Ministerio Fiscal.

— Es sorprendente que la legislación penitenciaria no se refiera a la intervención del fiscal, al menos, en cuestiones como la concesión de los beneficios penitenciarios, la clasificación, el procedimiento disciplinario, la aplicación de medidas extraordinarias de seguridad, la elaboración de las normas de régimen interior, etc.

Es cierto, que se observa paulatinamente un cambio y que ya en algunas zonas del país a pesar de que no se encuentra expresamente amparados en su función por normas concretas, los fiscales comienzan a realizar visitas a algunos establecimientos penitenciarios.

X. CUESTIONES RELATIVAS AL REGIMEN PENITENCIARIO

¿Los treinta días de la fase de diagnóstico (Art. 90 LP) son de obligado cumplimiento con carácter excluyente?

Es conveniente no confundir la fase de diagnóstico (Art. 90 LP) con las fases del régimen penitenciario (Arts. 95 y Ss LP), a pesar de que el Reglamento sitúa aquél dentro del Capítulo II (“fases regimentales”) como una fase más del régimen. Mientras que la primera es un periodo inicial de la ejecución, por la que inevitablemente han de pasar todos aquellos que ingresan en la prisión, sea cual sea su situación jurídica, para

que durante el mismo puedan conocer la institución y la institución pueda conocerlos a ellos, la fase de adaptación forma parte del complejo entramado del sistema progresivo y su sentido es hacer que la intensidad de la privación de libertad se vaya reduciendo paulatinamente a lo largo de la ejecución, siempre que no se contabilice una circunstancia de carácter negativo. En consecuencia, queda reservado exclusivamente a quienes están cumpliendo la pena de privación de libertad.

Por otra parte, la duración y condiciones regimentales de una y otra son distintas. El diagnóstico tiene una duración de treinta días y, por lo general, durante el mismo el interno permanece en un departamento de ingresos aislado del resto de la población penitenciaria y sometido a un control y un régimen de vida más estricto (“Durante el periodo de admisión, el interno tendrá restringido su derecho a la visita íntima y a su libertad ambulatoria dentro del Centro”, Art. 168 R.G.L.P.). La fase de adaptación, como su propio nombre indica, pretende que esta se realice de una forma no traumática y, por esta razón, durante el desarrollo de la misma el condenado va a ser objeto de unas atenciones especiales como son reuniones explicativas sobre el funcionamiento del centro (Art. 96 Nos. 1 y 2 LP), cuyo alcance es mayor que la mera información que se le suministró durante el periodo del diagnóstico al ingresar, y desde luego, el interno permanece ya integrado plenamente en el centro.

La Ley y el Reglamento General de la Ley Penitenciaria denominan centros de admisión aquellos que están destinados a recibir los ingresos. En realidad no son propiamente establecimientos independientes, ni tampoco se dedican exclusivamente a estos menesteres, sino departamentos o unidades dentro de un complejo penitenciario. No tendría justificación alguna y sería un derroche de medios materiales y humanos el dedicar un centro exclusivamente a los ingresos. Por otra parte, el ingreso se hace orientado ya hacia un determinado establecimiento en el que el sujeto pasará una parte de la condena. Por esta razón el R.G.L.P. se ve obligado a aclarar que los centros de admisión pueden estar ubicados dentro de los centros penitenciarios (Art. 169 RGLP).

Sin embargo, en ocasiones pueden concurrir determinadas circunstancias en el ingresado que hacen innecesario su paso por el periodo de diagnóstico. Los supuestos pueden ser muy variados, tales como que el individuo haya abandonado recientemente el centro y se trate de un reingreso. En estos casos los treinta días de diagnóstico pueden disolverse en la primera fase de adaptación o, dicho de otra manera, el tiempo de diagnóstico se computará como tiempo de adaptación.

Así mismo, no debe ignorarse que el plazo de los treinta días puede reducirse si todas las actividades programadas para el ingreso se llegasen a cumplir con anterioridad ya que el legislador deja claro que se trata de un tope máximo.

¿En qué condiciones pueden tener las madres-reclusas a sus hijos dentro de la prisión?



El aumento de la población reclusa femenina ha planteado algunos problemas de difícil solución en el mundo de las prisiones, el cual, con carácter general, presenta unos tintes más fáciles de soportar por el hombre que por la mujer. Uno de los más complejos es la búsqueda de una solución capaz de conectar los derechos de la maternidad y del menor en aquellos casos en los que la mujer privada de libertad es madre de un menor de edad.

En el derecho comparado se observa una clara evolución a favor de priorizar los derechos del menor frente a los de la maternidad cuando el conflicto es insoslayable. Es decir, que se tiende a restringir la presencia de aquéllos en el centro penitenciario siempre que tenga una posibilidad de acogida mientras que la madre se encuentra en prisión. Por otra parte, el tope máximo de la edad del menor se reduce y se es más riguroso para permitir la entrada del menor cuanto más edad tiene éste.

El Art. 70 de la LP permite a las mujeres traer consigo al centro a sus hijos menores de cinco años, o bien, si han nacido en el centro, mantenerlos hasta esa edad. La presencia del menor obligará a un traslado de la madre a otra dependencia en donde pueda asistir mejor a su hijo. La ley no se refiere ni a las características mínimas de estas dependencias, ni tampoco a la solución que debe darse en casos de conflicto de intereses entre unos derechos y otros.

Más explícito en relación con este tema es el Reglamento. Así por ejemplo, sabemos que en el sector en el que se encuentran las madres con los hijos deberá existir una guardería infantil y una unidad de pre-escolaridad (Art. 157 R.G.L.P). De manera que en caso de no existir estas instalaciones en el centro en el que corresponda el ingreso deberá ser trasladada con el menor a otro en el que se cuente con dependencias materno infantiles (Art. 249 RGLP) Asimismo se garantiza expresamente la posibilidad de hospitalización extrapenitenciaria del menor por razones de enfermedad y los correspondientes permisos de salida de la madre para poder acompañarle.

La regulación que establece los siguientes artículos reglamentarios parece reconocerle a la mujer un derecho de maternidad prioritario sobre los del menor, ya que aún cuando en el exterior cuente éste con algún familiar que lo pueda cuidar, no se producirá su excarcelación sino media la autorización de aquélla ("consentimiento escrito y voluntario" Art. 163 RGLP). Únicamente en los casos de malos tratos al menor por la madre o cuando se le esté causando daño a la personalidad del mismo el Director en coordinación con el Instituto Salvadoreño de Protección al Menor puede aplicar "las medidas que estimen pertinentes" (Art. 250 RGLP), sin que quede claro que se procede a la separación inmediata. Este reconocimiento preferencial de los derechos maternos, no sólo frente a otras opiniones contrarias en el núcleo familiar, como puede ser la del padre o la del consejo de familia, sino, incluso, frente al propio menor, está en la actualidad generalmente contestado. La experiencia demuestra que los menores incluso en los periodos inmediatos a la lactancia ya perciben la tensión propia de los centros penitenciarios y ello puede afectar gravemente al desarrollo de su personalidad.

Para evitar situaciones especialmente graves para el menor se puede acudir a la aplicación directa del Art. 34 de la Constitución, según el cual todo menor tiene derecho a vivir en condiciones familiares y ambientales que le aseguren un desarrollo integral.

☛ MEDIOS COERCITIVOS Y MEDIDAS DISCIPLINARIAS

¿Qué diferencias existen entre los medios coercitivos y las medidas disciplinarias?, ¿Son compatibles la aplicación de ambos?

Aún cuando puedan tener en ocasiones un contenido similar los medios coercitivos son jurídicamente institutos distintos de las medidas disciplinarias. Las diferencias entre una y otro arrancan ya en su justificación. Mientras que los medios coercitivos se aplican con la única finalidad de resolver una situación de emergencia dentro del centro que pone o puede poner en peligro inminente la seguridad interior (Art. 336 R.G.L.P.); por su parte, las medidas disciplinarias son una respuesta institucional de carácter represivo frente a quienes de forma grave infringen las normas que regulan la vida en el establecimiento.

De esta diferencia en sus fundamentos se derivan otras relacionadas con su duración, con el procedimiento para su aplicación y con los principios a los que se someten.

Comenzando por estos últimos, vemos que existen principios limitadores comunes a ambas instituciones. En la medida que ambas son fuente de restricción de los derechos de los internos su aplicación está presidida por el principio de proporcionalidad, de forma que sólo puede aplicarse una medida disciplinaria o coercitiva cuando resulte adecuada para resolver el conflicto originado por la conducta de uno o varios internos, siempre que no exista una medida menos gravosa, más eficaz que pueda aplicarse subsidiariamente y siempre que la medida que se aplique respete la proporcionalidad en sentido estricto en comparación con el daño que pueda originar la no intervención o el daño causado por la infracción cometida. Así pues, el principio de oportunidad debe estar muy presente en la aplicación unas y otras medidas.

Las sanciones disciplinarias son siempre individuales y sometidas al principio de responsabilidad por el hecho, de ahí que estén expresamente prohibidas las que tengan carácter colectivo (Art. 22 No. 7 LP); en cambio, las medidas coercitivas pueden ser colectivas si ello fuera recomendable para reponer la normalidad en el establecimiento. De hecho, aún cuando la Ley Penitenciaria no hace referencia a una regulación general de los medios coercitivos, si que menciona uno de los más frecuentemente utilizados, como es la reubicación de urgencia (Art. 25 LP) y refiriéndose a él, señala que el mismo podrá aplicarse individual o colectivamente. Ni la LP, ni el RGLP (Art. 257 RGLP) parecen entender las reubicaciones de urgencia como medios coercitivos; de hecho el RGLP regula la reubicación con independencia de los medios coercitivos. Sin embargo, a nuestro juicio las características que concurren en las reubicaciones la asemejan más a los medios que a cualquier otra medida.



El principio de legalidad es otro de los que se muestra con una intensidad distinta en uno y otro supuesto. Debido a que las medidas coercitivas están pensadas para afrontar situaciones de emergencia que son tan variables como imprevisibles el catálogo de las mismas y su duración está condicionada por las circunstancias concurrentes en cada caso. Por el contrario, las sanciones van siempre precedidas de la comisión de una infracción previamente tipificada como tal, que se encuentra también asociada a una medida disciplinaria. El principio de legalidad despliega, por tanto, todos sus efectos garantistas, tanto en el procedimiento, como en la sanción elegida, como en la ejecución de ésta.

El catálogo de medios del Art. 336 RGLP) es manifiestamente insuficiente. Entre los que allí se mencionan no se encuentra el aislamiento provisional o la reubicación de urgencia. Incluso, el legislador parece no considerar dicha reubicación como medio coercitivo.

Pero sin duda las diferencias más marcadas surgen de la propia excepcionalidad de los medios coercitivos. Estos tan sólo pueden aplicarse en tanto que una situación de emergencia lo requiera. Una vez normalizada la vida dentro del establecimiento cesa la aplicación de dichos medios. Por esta misma razón, los medios coercitivos requieren de un procedimiento decisorio ágil, que debe corresponder a quienes en cada momento tienen la responsabilidad de velar por la seguridad del centro, es decir, por el Subdirector de Seguridad. El control de garantías y de legalidad en la aplicación de la medida coercitiva será en la mayoría de las ocasiones posterior ("El Subdirector de Seguridad o Director del Centro, comunicará los hechos que han motivado la adopción de dichas medidas, al JVPEP y al Delegado de la Procuraduría para la Defensa de los Derechos Humanos" Art. 337 RGLP).

☛ CLASIFICACIÓN DE PERSONAS DETENIDAS

¿Pueden ser clasificados los presos preventivos?

Si bien el principio general por el que se rige la detención preventiva es el de la asimilación con los condenados, de forma que no puede aquél ser "obligado a realizar otras actividades penitenciarias que aquellas tendientes a preservar la finalidad de su detención" (Art. 10 L.P.), lo cierto es que en la praxis las condiciones de la detención provisional terminan siendo peores que la de los condenados. Y es, precisamente, en las posibilidades de acceder a los beneficios penitenciarios uno de los aspectos donde mejor se aprecia un agravio comparativo a favor de los penados.

La cruda realidad es que los presos preventivos sólo se asemejan a los condenados en aquello que les perjudica, pero no en lo que les podría beneficiar, empezando por la propia duración de la prisión preventiva. En unos momentos en los que se aprecia una evolución en el derecho comparado en contra de las estancias cortas en



prisión, de manera que esta pena se diseña en la actualidad siempre por encima de los seis meses o del año, nadie parece caer en la cuenta que un preso sin condena, como son los preventivos puede pasar en prisión periodos inferiores.

Los presos preventivos están sujetos sin distinción a las mismas medidas de seguridad que los condenados. Para ellos el legislador no establece diferencias cuando se trata de aplicar el régimen disciplinario o los internamientos de seguridad o los medios coercitivos.

Sin embargo, los preventivos no pueden ser clasificados. El Art. 95 L.P. deja claro que las fases están siempre asociadas a la ejecución de la pena de prisión. Y, en el mismo sentido, el epígrafe del Art. 258 RGLP lo reitera "clasificación de internos condenados". No hay ninguna razón para excluir este colectivo, si tomamos en cuenta que la clasificación y las fases del sistema progresivo están pensadas para lograr, por una parte, la resocialización y, por otra para disminuir los perjuicios que causa la privación de libertad. Y una y otra meta son perfectamente asumibles cuando se habla de prisión preventiva. La razón, pues, por la que se les excluye de la clasificación es porque de permitirseles acceder a ella también podría obtener algunos beneficios, como el régimen abierto o la libertad condicional, lo cual se entiende esta reñido con el carácter monolítico de la prisión preventiva.

Probablemente el error radica en seguir manteniendo una posición tan extrema con este colectivo, que contrasta fuertemente con la flexibilidad que poco a poco va caracterizando la ejecución de la pena privativa de libertad. Error que hay que achacar en parte a la falta de estudios criminológicos que demuestren que la detención preventiva en régimen de semi-detención o de prisión abierta cumple las mismas funciones que la detención preventiva tal como hoy la tenemos entendida. Si hace ya tiempo que llegamos a esa conclusión respecto de los penados, parece que ha llegado también el momento de plantearse la con aquellos que ni siquiera han sido declarados culpables por un tribunal mediante una sentencia firme.



ABREVIATURAS UTILIZADAS

Art	Artículo
Cp	Código Penal
CPP	Código Procesal Penal
JVP	Juzgado de Vigilancia Penitenciaria
JVPEP	Juez de Vigilancia Penitenciaria y Ejecución de la pena
LP	Ley Penitenciaria
RGLP	Reglamento General de la Ley Penitenciaria
D.L	Decreto Legislativo
Cn	Constitución
Cap	Capítulo
Tit	Título
Lit	Literal
ONG'S	Organismos No gubernamentales
Cfr	Confrontar
Ss	Siguientes
CCR	Consejos Criminológicos regionales
v.Gr	Verbigracia





BIBLIOGRAFIA

ENSAYOS PARA LA CAPACITACION PENAL

- ALVAREZ GARCIA, FRANCISCO JAVIER, " El delito de desobediencia de los funcionarios públicos. Editorial Bosch, Barcelona España.1987
- BACIGALUPO, Enrique. "Lineamientos de la Teoría del Delito". Tercera edición renovada y ampliada, Editorial Hamurabbi, Buenos Aires, Argentina, 1994, p 72
- BACIGALUPO, Enrique. "Manual de Derecho Penal". (parte general), Segunda reimpresión, Editorial Temis, Santa Fe de Bogotá, Colombia, (1994), P118
- BUSTOS RAMIREZ, JUAN. Manual de Derecho Penal 3ª Edición PPU, Barcelona España
- BUSTOS RAMIREZ, JUAN. Manual de Derecho Penal 4ª Edición PPU, Barcelona 1994
- CASTILLO FRANCISCO, Delito de Falso Testimonio, Editorial Juricentro, San José, Costa Rica 1982
- CASTILLO GONZALEZ, FRANCISCO. " Posición del perito en el proceso penal costarricense". Revista de Ciencias Jurídicas, N° 34. Universidad de Costa Rica, Facultad de Derecho- Colegio de Abogados, San José, enero- abril 1978
- CLIMENT DURAN, CARLOS. Detenciones Ilegales Policiales. Tirant lo Blanch. Monografías, Valencia 1998
- CREUS, CARLOS "Delitos contra la administración pública". Comentarios de los artículos 237 al 281 C.P. Argentino EDITORIAL ASTREA de ALFREDO y RICARDO DEPALMA Buenos Aires, Argentina.
- CREUS, CARLOS. Derecho Penal. Parte Especial. Edición Astrea. Buenos Aires 1997
- FARRE, ELENA. Comentarios a la Jurisprudencia del Tribunal Supremo, en Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, Tomo XLI, enero- abril 1988.
- FERREDA, FRANCISCO JOSE. Delitos contra la Administración Pública, Bogotá. Editorial Temis 1995
- FONTAN BALESTRA, CARLOS " Tratado de Derecho Penal" Tomo VII, parte especial, 2ª edición Abeledo-Perrot, Buenos Aires.



- GARBERI LLOBREGAT J. y otros " Código Penal Interpretación Jurisprudencial y Legislación Complementaria. Primera Edición, Editorial BOSCH S. A mayo de 1999. Barcelona España.
- GIMBERNAT ORDEIG, ENRIQUE. " La Comisión por Omisión" Consejo General del Poder Judicial, Madrid, junio de 1994
- GOLDSTEIN RAUL, " Diccionario de Derecho Penal y Criminología, Tercera Edición actualizada y ampliada. Editorial ASTREA de ALFREDO y RICARDO DE PALMA, Buenos Aires Argentina 1993
- HUERTA TOCILDO, SUSANA. " Problemas Fundamentales de los Delitos de Omisión". Ministerio de Justicia, Centro de Publicaciones. Madrid. 1987
- JESCHECK, HANS-HEINRICH "Tratado de Derecho Penal", Parte General, Casa Editorial S. A Barcelona, España 1981
- LLOBET RODRIGUEZ, JAVIER. " Código de Procedimientos Penales", Editorial Juricentro, San José, Costa Rica 1991
- LUZON PEÑA, Diego Manuel. "Curso de Derecho Penal", Editorial Hispamer, Colombia.
- LUZON PEÑA, Diego Manuel. Estudios Penales, Promociones y publicaciones Universitarias S.A. Barcelona España 1991
- MARTINEZ, ANDRES. El Encubrimiento. En Cuadernos de Derecho Judicial. Consejo General del Poder Judicial 1994
- MIR PUIG, SANTIAGO. "Derecho Penal" Parte General, 3ª edición corregida y puesta al día, PPU, Barcelona 1990
- MORENO CARRASCO FRANCISCO y RUEDA GARCIA, LUIS "Código Penal de El Salvador Comentado" agosto 1999 Edita Justicia de Paz (CSJ-AECI)
- MUÑOZ CONDE, FRANCISCO Y GARCIA ARAN, MERCEDES, " Derecho Penal" Parte General, Tirant lo Blanch, Valencia 1993
- MUÑOZ CONDE, FRANCISCO. " Derecho Penal Parte Especial" Tirant lo Blanch, Valencia 1996
- MUÑOZ CONDE, Francisco. " Teoría general del delito", reimpresión, Editorial Temis, Bogotá, Colombia, 1990



- NOVOA MONRREAL, EDUARDO. Fundamentos de los Delitos de Omisión. Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1984
- PALLARES EDUARDO "Diccionario de Derecho Procesal Civil" Editorial PORUA S. A, Décima Séptima edición, México 1986
- PEÑARANDA RAMOS, ENRIQUE, " La Participación en el delito y el principio de accesoriedad", Tecnos Madrid, 1990
- QUINTEROS OLIVARES, GONZALO y otros. " Comentarios al Nuevo Código Penal" ARAZADI. Editorial 1996
- REY HUIDOBRO, LUIS FERNANDO. El delito de tráfico de drogas. Aspectos Penales y Procesales. Tirant lo Blanch, Valencia 1999
- ROXIN, Claus, "Derecho Penal. Parte general. Tomo I. fundamentos de la estructura de la Teoría del Delito. Editorial Civitas Primera Edición, Madrid, España, 1997, p 138
- ROXIN, CLAUDIUS. " Problemas de autoría y participación en la criminalidad organizada" Revista Penal, número 2, Editorial Praxis, Barcelona 1998
- SILVA SANCHEZ, JESUS-MARIA. " El Delito de Omisión, Concepto y Sistema". Librería Bosch, Barcelona 1986
- SOLER SEBASTIAN. Derecho Penal Argentino. Tipografía Editora Argentina. Buenos Aires 1992
- VELASQUEZ VELASQUEZ, FERNANDO. Derecho Penal, Parte General, Editorial Temis, S.A. Santa Fé de Bogotá, Colombia, 1994. pag. 437
- VIVES ANTON, TOMAS Y J.C. CARBONELL MATEU y otros " Derecho Penal Parte Especial, 2ª edición, revisado y actualizado. Tirant lo Blanch, Valencia 1996
- VIVES ANTON, TOMAS. Comentarios al Código Penal de 1995. Editorial Tirant Lo Blanch. Valencia 1996
- WELZEL, HANS "Derecho Penal Alemán". Parte General, 11ª Edición PPU, Barcelona 1994



- WESSELS, JOHANNES. “ Derecho Penal Parte General” edición Depálma, Buenos Aires 1980
- WESSELS, JOHANNES. “ Derecho Penal Parte General”. Traducción de la sexta edición alemana de 1976 por el Dr. Conrado A. Finzi, Edición Depálma, Buenos Aires, Argentina
- ZAFFARONI, EUGENIO R. Manual de Derecho Penal. Parte General. Cardenas Editor. Distribuidor. México 1991
- ZAFFARONI, EUGENIO RAUL, “Manual de Derecho Penal”. Parte General. 5ª edición EDIAR, Buenos Aires, 1987

