

# I. LOS PRINCIPIOS DEL SISTEMA PENAL

Carlos Sánchez Escobar\*

A mi esposa e hija.

## SUMARIO

1. Los principios penales. 2. Los principios del proceso penal. 3. Los principios de ejecución de la penal. 4. Los principios en la justicia penal juvenil.

---

\* Licenciado en Derecho por la Universidad de El Salvador. Especialista en Ciencias Penales por la Universidad de Costa Rica y Juez Tercero de Sentencia de San Salvador, El Salvador.

## I. LOS PRINCIPIOS DEL SISTEMA PENAL

### 1. LOS PRINCIPIOS PENALES.

A. Fundamentación de los principios. La historia del saber penal está configurada por la creación y perfección de los principios que limitan y rigen todo el poder punitivo del estado. Esa articulación ha sido lánguida y sometida a constantes y múltiples lizas de acuerdo a las relaciones histórico, políticas, económicas y sociales de los diversos pueblos de la humanidad, en cuanto al derecho a castigar, sus miserias y antítesis<sup>1</sup>.

Sin embargo, la estructuración de los principios no es una cuestión exclusiva del orden jurídico, ello es común en todos los ámbitos del conocimiento, por cuanto las cuestiones de índole epistemológico, están gobernadas sobre la base de enunciados fundamentales o rectores, con signos de veracidad y certeza, a los cuales se las nominado como “verdades fundantes”<sup>2</sup>, de las cuales se deriva toda la construcción sistemática de cada área del saber humano; y ciertamente en el actual estado de cosas, la importancia de la principalística ha adquirido una nueva dimensión, en tanto las discusiones sistemáticas los proponen como sustanciales para las actuales construcciones en el ámbito del derecho, así como en lo relativo a las tendencias de la argumentación jurídica<sup>3</sup>.

En lo concerniente al área del derecho, estos principios son el eje central de toda la producción normativa, y ello mismo, es predicable en el saber penal; empero, la adopción de los principios en el ámbito penal, no es una derivación de la cavilaciones teórico-académicas, sino que por el contrario, ha significado una reacción del orden social en la época liberal, frente a las arbitrariedades del poder, que se fueron acumulándose durante el Ancien Régime.

Ello indica que la adopción de los principios limitadores del poder penal, tienen una fuerte connotación política, como forma de reacción ante un modelo de dominación en cuanto al ejercicio del poder; en atención a esa realidad histórica, el denominado derecho penal liberal, erigido sobre una base de principios limitativos del poder, debe integrarse como una reacción ante el exceso del ejercicio del poder arbitrario del Estado absoluto, y como un afán de racionalizar la aplicación del poder punitivo del estado, y para ello, se ha discurrido desde los modelos iusnaturalistas hasta la positivización en las constituciones de la mayoría de Estados republicanos, así como en declaraciones y tratados internacionales en materia de derechos humanos.

---

1. GARLAND David “Castigo y Sociedades Modernas”. Editorial Siglo XXI México D.F. 1999 p 337.

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

3. Ver GASCON ABELLÁN Marina, GARCIA FIGUEROA Alfonso “Interpretación y Argumentación Jurídica”. Consejo Nacional de la Judicatura. Escuela de Capacitación Judicial. San Salvador. El Salvador. 2003 p 120.

Cuando aludimos a la categoría de principios, la formulación que se adopta es la de unas reglas supremas en el sentido de una estructura normativa sistemática, de máxima jerarquía, que por su prelación le da sentido de ordenación a todo el corpus normativo; es decir, que los principios en el orden penal están dotados de un especial imperio normativo, por cuanto su vigencia y validez no esta sometido a la ordinariadad de la regulación normativa en cuanto a su reductibilidad.

De ahí que su reconocimiento no admite sometimiento a otros ámbitos normativos, por cuanto se legitiman desde lo interno acordado desde la constitución en cuanto a la tutela de los derechos del hombre, aspecto que desde una visión valorativa de la fundamentación del derecho significa la determinación de un mínimo ético que es irreductible por cuanto para su reconocimiento no esta supeditado al orden positivo<sup>4</sup>.

Propiamente en el orden 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”<sup>5</sup>.

De acuerdo con lo anterior, es menester indicar, que el aspecto medular de los principios en la regulación del orden jurídico-penal, es constituir una estructura sistemática de limitación para el ejercicio del poder penal, respecto de las personas que en representación del estado ejercen el control formalizado del cuerpo social; y es que a partir de la regulación de los principios, es posible sostener en los ámbito externos la tutela de los derechos y libertades fundamentales de los gobernados, así como, los mecanismos que garantizan la efectividad de los mismos; configurando un ámbito limitativo a las competencias de criminalizadoras y sancionadoras del Estado; ello se refiere tanto en la elaboración normativa, como en cuanto a su interpretación y sistematización<sup>6</sup>, con lo cual se proscribe la arbitrariedad y se justifica una intervención racional del derecho penal.

B. Los principios como límites de la Política Penal. La función limitadora del poder estatal en general, y del poder penal en particular, mediante la supremacía de los principios que emanan de

4. En tal sentido se ha expresado respecto a la consideración de los principios: “Llamo principios a un estándar que ha de ser observado, no porque favorezca o asegure una situación económica, política, o social, que se considere deseable, sino por que es una exigencia de la justicia, la equidad, o alguna otra dimensión de la moralidad”. DWORKIN Ronald “Los Derechos en Serio”, Editorial Ariel. Barcelona. España. 1984 p 72.

5. VELÁSQUEZ V. Fernando “Derecho Penal”. Parte General. Temis. Bogotá. Colombia. 1997. p. 256.

6. 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.

la Constitución de la República, ya ha sido reconocida por la Sala de lo Constitucional, al advertirse sobre la preeminencia en el orden jurídico de los principios fundamentales que gobiernan nuestra organización como Estado.

En este sentido se ha expresado, que la Constitución es más que una ley superior, y que en consecuencia se vertebra como cuerpo normativo a través de los principios rectores que informan al constitucionalismo, teniendo al hombre como centro y fin de toda la actividad estatal<sup>7</sup>, con lo cual, todo poder del Estado debe entenderse que no es absolutamente autárquico, y aún entratándose del poder legislativo, éste se encuentra sometido al imperio de la Constitución, por cuanto ésta limita a todo el poder estatal<sup>8</sup>. De acuerdo con lo anterior, es plausible sostener que toda la actividad estatal, tendiente a la formulación de las normas penales como construcción incriminadora de conductas punibles, tanto en su vertiente original como en el proceso de reforma, debe respetar en cuanto producción normativa, el marco de los principios que emanan de la Constitución, acrisolados ya como derechos y garantías primarias<sup>9</sup>.

---

7. 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 está 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.

8. 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.

9. 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 está al servicio del hombre"; 3) El principio de bien común, el cual se entiende en palabras del alto tribunal citando un precedente de inconstitucionalidad radica en el justo equilibrio entre interés individual e interés social, sin que ninguno de ellos sea desproporcionado no importando los fines que se pretendan alcanzar; 4) La vigencia del principio de proporcionalidad en materia sancionatoria el cual se concretiza en materia penal -con cita de González Cuellar- 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". 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 de política penal que se impulsan por los órganos del poder estatal, 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; ello no puede verificarse, incumpliendo la Constitución, de ahí que toda la actividad de articulación de la política penal, en cuanto creación o reforma de las prescripciones penales, esté circunscrita a que tal actividad se encuentre sometida al cumplimiento exacto de la constitucionalidad y de la estricta legalidad<sup>10</sup>. En suma se ha reconocido que todo el ejercicio del ius puniendi está limitado por los principios de orden constitucional, que estructuran de manera vinculante todo el desarrollo de las políticas penales del Estado<sup>11</sup>.

C. Configuración de los principios. En este aspecto, la estructuración de los principios que gobiernan el orden penal, se ha manifestado mediante una creciente positivización tanto en los ordenamientos internos, como en los instrumentos internacionales, estas articulaciones quedan legitimadas al ser elevadas al rango de mayor jerarquía dentro del orden jurídico, constituyendo verdaderos axiomas, que ordenan, y dan consistencia al sistema de fuentes del derecho, a esa realidad no escapa el derecho penal<sup>12</sup>.

De ahí que los modelos constitucionales en las sinfisis histórico-políticas, del orden social, han superado los paradigmas de construcciones meramente declarativas, para constituirse mediante el reconocimiento de la supremacía de la norma constitucional en instrumentos efectivos de tutela de los derechos y libertades de los habitantes de la República; es por ello que actualmente el derecho penal, ya no se considera únicamente desde la perspectiva sistemática, sino que su verdadero ámbito de legitimación procede de la misma Constitución, es por ello que modernamente se teoriza sobre un

---

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

11. En tal sentido se ha dicho: "El ius puniendi entendido como la facultad del Estado para imponer penas o medidas de seguridad por la comisión de delitos, no es ilimitado: tiene fijados sus fines, así como sus postulados y principios rectores, a partir de la configuración que de la potestad punitiva realiza la Constitución.". Sentencia de la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de las quince horas del uno de abril de dos mil cuatro. Inconstitucionalidad 52-2003/56-2003/57-2003. En Sentencia de Inconstitucionalidad de la Ley Antimaras. Publicaciones de la Corte Suprema de Justicia. San Salvador. El Salvador. 2004 p 152 (de ahora en adelante se citará como Sentencia de Inconstitucionalidad de la Ley Antimaras).

12. "En razón del carácter normativo de ésta, los principios rectores del sistema penal no pueden considerarse como límites del ius puniendi derivados de manera trascendente desde un indeterminable derecho natural o de programas políticos, sino como principios constituyentes del derecho penal; ello por que, más allá de las específicas referencias penales, la constitución contiene principios generales que vinculan al legislador y a los tribunales en la conformación de todo el ordenamiento, incluyendo por supuesto el jurídico-penal". Sentencia de Inconstitucionalidad de la Ley Antimaras p 152.

derecho penal constitucional o como programa penal de la Constitución<sup>13</sup>.

D. Características de los principios. Los principios del orden penal, en tanto orden normativizados, reúnen ciertas características que le son immanentes y que los diferencian en su contenido ordenador y jerárquico respecto de las restantes normas. Una aproximación a estas formas peculiares de los principios es la siguiente:

1º) Son esencialmente primarios, con lo cual se indica, que no hay en el ámbito normativos, prescripciones precedentes. Ello no niega una fundamentación mínima ética, política y filosófica o incluso, moral, pero esta perspectiva es meta-jurídica, en tal sentido la primacía de los principios, atiende a su estructuración jurídica, lo cual tampoco implica negar la realidad intrasistemática de todos los principios, pero en cuanto al orden normativo, son las normas originarias o primarias;

2º) Son prioritarios, con lo cual se significa, que los principios normativamente tienen una relación de prevalencia respecto de todo el restante orden normativo, con lo cual los principios forma una especie de derivación legitimante en cuanto a las otras normas, éstas sólo serán validas en cuanto se adecuen al núcleo esencial de los principios, es decir en cuanto no sean contrarias a los mismos y a las consecuencias que de ellos se derivan.

3º) Son principialistas, lo cual denota una característica esencial que identifica a los principios, a tal grado que una de las doctrinas del pensamiento jurídico se califica precisamente como principialista, en atención al desarrollo de todo el orden normativo a partir de la vigencia e irreductibilidad de los principios que lo informan, el distintivo de ser principialista, se manifiesta por cuanto estos axiomas fundantes, son los que dan cohesión y significación a todo el resto del ordenamiento jurídico, y no pueden ceder frente antinomias normativas de fuentes de menor jerarquía;

4º) los principios son fundamentadores, por cuanto su contenido y las consecuencias que se deriven razonablemente de su sustrato esencial, es el que le da legitimación a las restantes normas, a partir de los principios es que resulta adecuado explicar el contenido y función de las restantes prescripciones e instituciones jurídicas;

5º) Los principios en cuanto a la ejecución de sus consecuencias, son rectores del todo el orden jurídico, por cuanto de su contenido se emanan postulados que son superiores y que por tanto tienen

---

13. Sobre este tópico se dijo: "Por ello resulta necesario examinar la Constitución en su conjunto para extraer de ella lo que se ha denominado el programa penal de la Constitución, es decir, el conjunto de postulados político-jurídicos y político-criminales que constituye el marco normativo en el seno del cual el legislador penal puede y debe tomar sus decisiones y en el que el juez ha de inspirarse para interpretar las leyes que les corresponde aplicar. Los distintos principios que componen el modelo salvadoreño de Derecho Penal, formulables todos ellos en la forma de preposiciones de implicación o condicionales, en realidad están ligados entre sí; resulta posible pues formalizarlos y sistematizarlos a partir de su inclusión constitucional. De este modo, los principios constitucionales del derecho Penal definen el modelo constitucional de responsabilidad penal, esto es, las reglas del juego fundamentales tanto para la estructuración normativa de los delitos y las penas en sede legislativa como en la aplicación judicial". Sentencia de Inconstitucionalidad de la Ley Antimaras p 152 a 153.

predominio sobre el restante conjunto de normas. Sin esta característica de ser preponderantes, no podrían estar constituidos como principios en cuanto al ámbito de la supremacía;

6º) Los principios son normativos, lo cual le imprime una cualidad peculiar, su imperiosidad de vigencia y la obligación de su aplicatividad, más de la aquiescencia o no de quien debe aplicarlos, de ahí que en este aspecto, la fuerza coercitiva de los principios, es la misma que la de las normas jurídicas, sólo que con un imperio diferente en virtud de la jerarquía constitucional de la cual están investidos.

E. Función de los principios. Es importante dejar bosquejado –al menos– cual es la función que corresponde a los principios del sistema penal, en tal sentido es plausible indicar que el objetivo de los principios penales es el instituir unos límites determinados al ejercicio del poder punitivo del Estado<sup>14</sup>, con lo cual la función principalística se extiende a la protección de los gobernados, respecto de aquellas actividades excesivas por parte del poder estatal amparados en el orden jurídico infra-constitucional.

Todos los principios van a desarrollar esta doble función de limitación y de protección que es bidireccional, por cuanto la limitación del mismo poder de los representantes del Estado, determina la probabilidad de defensa de los derechos y libertades de los habitantes; y es que la limitación del poder estatal, sólo es comprensible cuando se gobierna bajo la configuración de un Estado constitucional y democrático de derecho, en el cual impera la Constitución y el derecho sobre los poderes de decisión, únicamente la estructuración de un estado republicano y ceñido a la Constitución, permite la articulación, de todo un bagaje de principios que funcionan como limitadores para el ejercicio del ius puniendi.

En un ámbito de mayor concreción debe indicarse que el sistema de principios penales derivados de la Constitución, son determinantes para la configuración del ordenamiento jurídico penal, involucrando el ámbito de creación normativa –poder de creación y de definición de las prescripciones penales– así como en lo relativo a su aplicación, que involucra la actividad jurisdiccional.

En ambas corporaciones del control social, la ordenación de los principios respecto de la actividad que se desarrolla no puede ser ignorada, la elaboración de las normas penales deben cumplir

---

14. Considerados así, cada uno de los principios de los cuales se compone el Derecho penal, enuncian una condición sine qua non, esto es, una garantía jurídica, para la aplicación de la pena: no son por tanto, una condición suficiente en presencia de la cual está permitido o es obligatorio penalizar, sino una condición necesaria en ausencia de la cual no está permitido hacerlo. Así, la función específica de las garantías constitucionales en el Derecho Penal no es tanto permitir o legitimar, sino mas bien, condicionar y vincular y, por tanto, deslegitimar el ejercicio absoluto de la potestad punitiva. Tal marco normativo consagrado en la Constitución con relevancia para el derecho penal, se fundamenta en los valores de libertad e igualdad, y en los principios de pluralismo, razonabilidad y proporcionalidad; así mismo cuenta con preceptos sobre mandatos, prohibiciones y regulaciones que afectan directamente al derecho penal. Este catálogo de prescripciones constitucionales constituyen el núcleo específico de fundamentación del sistema penal, con efectos de legitimación y límite a la intervención penal". Sentencia de Inconstitucionalidad de la Ley Antimaras p 153.

con el respecto de los principios informadores del orden constitucional<sup>15</sup>; la aplicación e interpretación de las normas penales, deben descansar sobre el juicio de legitimación de la norma secundaria en cuanto a su conformidad con los principios de la constitución, de ahí que la actividad de hermenéutica jurisdiccional debe realizarse de conformidad al sentido de los principios constitucionales.

F. Principios y garantías. Los principios entendidos como un conjunto ordenado y sistemático de normas jerárquicamente primarias y fundamentadoras de todo el restante orden jurídico, están estrechamente vinculados al sistema de garantías, en las actuales formulaciones del ideario del garantismo, a la conjunción de los principios se les denomina precisamente como sistema de garantías, el cual se caracteriza por constituir una integración normativa secuencial que legitima el ejercicio del poder en la definición de la conflictividad social que deriva en conductas seleccionadas como delictivas; de ahí que, este sistema de garantías se cimienta, en unos principios que determinan lo que se conoce como “condiciones de verificabilidad”, mismos que son atinentes a los presupuestos respecto de los cuales se deberá decir una verdad, correspondiendo al derecho penal la misión de estructurar dichos presupuestos, los que deben ser verificables en la realidad.

El otro aspecto, está referido a los principios que determinan las llamadas “condiciones de verificación”, por las cuales, se constituyen las formas precisas por las que, es legítimo encontrar la verdad, misión que es conferida al ámbito del proceso penal; como corolario, debe estimarse la configuración de una serie de axiomas, que organizan y normalizan los modos, para hacer ingresar la información que será de utilizada para establecer la verdad, lo cual se vincula necesariamente al aspecto probatorio, y a la necesidad concreta de la reglamentación sobre este aspecto esencial.

En esta triada, intervienen diversos principios que disciplinan toda la actividad estatal, para desarrollar cada una de las actividades, lo cual debe reflejar un ámbito de eficacia, en cuanto a la capacidad de que y como puede conocer el ser humano, es decir que deben respetarse –para no incidir en la arbitrariedad– los modelos de conocimiento, de verificabilidad y de confrontación de esos conocimientos de acuerdo al saber racional humano.

Sin embargo, en el modelo garantista<sup>16</sup>, la estructuración de estos principios requieren además, la complementariedad de las

15. En relación al control constitucional del derecho penal como forma de control social formalizado, la Sala de lo Constitucional expresó que: “De esta manera, el Derecho Constitucional conforma la política criminal, que en una primera acotación constituye una forma de control social lo suficientemente importante para que sea monopolizada por el Estado, y que por tanto, requiere ser limitada –la política criminal– jurídicamente con la máxima claridad posible como garantía para el ejercicio de los derechos de la persona humana”. Sentencia de Inconstitucionalidad de la Ley Antimaras p 154.

16. La relación entre garantismo y principios la destaca por ejemplo GASCON APELLÁN Marina, GARCIA FIGUEROA Alfonso “Interpretación y Argumentación Jurídica...” op cit pp 13 a 14.



formas de garantías, es decir los mecanismos de cumplimiento de los principios o sus consecuencias. La disimilitud entre garantías y principios radica en que las primeras, funcionan como instrumentos que permiten consolidar la vigencia de todas las consecuencias que los principios conceden a los ciudadanos, con lo cual, mediante el sistema de garantías, es posible invalidar las afectaciones que se causen a los mandatos de los principios, en la actividad de estructuración del ejercicio del poder penal.

Y aquí si es conveniente señalar, que la eficacia del modelo de garantías, se corresponde única y exclusivamente, con el ejercicio de la jurisdicción como último garante de la primacía de los principios y de la efectividad de las garantías; lo cual se concretiza en la creación de formas de protección en todo el sistema normativo penal –derecho penal de fondo, derecho procesal penal, derecho de ejecución, derecho penal juvenil– siendo la derivación de los mismos del orden constitucional, con lo cual adquieren la primacía de la jerarquía en cuanto a su aplicación y vigencia dentro del sistema normativo.

## 1.2 EL PRINCIPIO DE INTERVENCIÓN MÍNIMA.

A. Fundamentos Actuales. Uno de los principios acuñados históricamente por el sistema penal, es el denominado principio de intervención mínima o de mínima intervención<sup>17</sup>, por medio del cual se reconoce la necesidad que la intervención del sistema penal como instrumento coactivo esté reducido a la menor expresión. Sin embargo lo polifacético de éste principio y su diversa vinculación a otros axiomas que informan como límite al poder penal, han permitido la calificación del brocardo más como un principio de índole político-filosófico, que de raigambre normativo, inclusive algún sector de la doctrina le resta importancia –lo cual no compartimos– a la sustancialidad del principio de mínima intervención<sup>18</sup>.

No obstante ello, parece plausible entender, que los estados que se construyen como Repúblicas Democráticas, en las cuales el poder esté limitado –y precisamente el Estado salvadoreño es democrático y republicano conforme al artículo 86 Cn– impere el principio de mínima intervención, en aquella zona del ejercicio del poder estatal, en la cual es más profunda la restricción de los

---

17. Ya en aquel tiempo decía Beccaria "Fue, pues, la necesidad quien obligó a los hombres a ceder parte de su libertad propia; y es cierto que cada uno no quiere poner en el depósito público sino la porción más pequeña que sea posible, aquella solo que baste a mover a los hombres para que la defiendan. El agregado de todas estas pequeñas porciones de libertad posible forman el derecho a castigar, todo lo demás es abuso y no justicia; es hecho no derecho... Todas las penas que sobrepasen la necesidad de conservar este vínculo son injustas por naturaleza" BECCARIA Cesare "De los Delitos y de las Penas". Traducción de Juan Antonio de las Casas. Editorial Alianza. Madrid. España. 1988 p 29.

18. De forma crítica DIEZ RIPOLLES José Luis "El nuevo modelo penal de la seguridad ciudadana" en Revista Electronica de Ciencias Penales y Criminológicas. 06-03-04 (2004) pp 03:22 <http://criminet.ugr.es/recpe>.

derechos y libertades de los gobernados, es decir en los ámbitos del derecho penal.

Lo primero que convendría señalar es que el principio de intervención mínima, en un primer aspecto, está dirigido al legislante, en cuanto límite para la construcción de las normas penales, por cuanto es a ese poder a quien corresponde la potestad de definir lo prohibido con rango penal y de asociarle consecuencias jurídicas a dichas prohibiciones<sup>19</sup>, en tal sentido ese poder de configuración de toda la normativa penal, le concede al legislador el dominio de incrementar o reducir los márgenes de la criminalización, lo cual genera consecuencias en la aplicación e interpretación del orden jurídico penal.

Empero como ya se ha expresado, ese poder configurativo –en un estado constitucional– no es un poder omnímodo, teniendo el mismo limitaciones que le vienen impuestas por el diseño principalístico de la Constitución, y ello implica que el ejercicio del poder penal, en cuanto política de creación normativa, está reducida a ciertos márgenes que son irreductibles, y en los cuales el derecho penal ya no puede intervenir; ello no está divorciado de la necesidad de que el estado garantice la protección de los bienes jurídicos de los habitantes, y de que brinde un nivel aceptable de seguridad ciudadana, pero ello, debe hacerlo dentro del equilibrio y la razonabilidad del respecto a los derechos y libertades, que la misma Carta Magna concede a los habitantes;

De ahí que no es aceptable que la tutela de los derechos fundamentales signifique la restricción desproporcionada de los mismos derechos de los ciudadanos. Con lo anterior estamos indicando, que la protección de los intereses del orden social, por el orden jurídico punitivo, únicamente resulta legitimado en el estado constitucional –que es el estado de las libertades públicas, de las garantías y del respeto al ser humano– cuando la intervención del poder penal, resulta ser la estrictamente necesaria, para alcanzar la tutela de los derechos de los habitantes en un marco de seguridad, paz social y justicia; de ahí que el principio de intervención mínima es entendido como la menor injerencia invasiva del Estado en los ámbitos de libertad del ciudadano, conforme al principio de reserva constitucional.

Obviamente que el principio de mínima intervención es revelador, de un ideario de derecho penal mínimo<sup>20</sup>, con el cual se reconoce la necesidad de la intervención penal, pero desde una visión de articulación de la política penal, de un derecho penal

---

19. Señalando la función del principio de intervención mínima como límite MUÑOZ CONDE Francisco "Introducción al Derecho Penal". 2ª edición. Editorial B de F. Buenos Aires, Argentina. 2001, p 107.  
20. Así FERNÁNDEZ Gonzalo D. "Culpabilidad y Pena". Editorial B de F. Montevideo. Uruguay. 1995, p 49.

mínimo y la exclusión del denominado derecho penal máximo<sup>21</sup>. Ciertamente el derecho penal mínimo tiene su origen y fundamento en los idearios políticos del liberalismo ilustrado y su fundamento esencial es la limitación del poder y de la arbitrariedad en su ejercicio, mediante el derecho penal mínimo la teoría del garantismo se opone al autoritarismo, y frente a los modelos decisionistas se opone el modelo de estricta legalidad<sup>22</sup>,

Por ello el denominado inflacionismo penal es una orientación completamente contraria al principio de intervención mínima del derecho penal en los conflictos sociales, por cuanto bajo el ideario de un derecho penal maximizado se convoca al derecho penal como instrumento de *prima ratio* en lugar de su orientación de *ultima ratio*. Esto significa que en la clave del poder político, se recurre al derecho penal como un recurso de primer nivel ante la compleja conflictividad social, con ello se descuidan otras áreas de intervención de menor intensidad y el impulso de otras políticas públicas, que serían más eficientes que la intervención del derecho penal para enfrentar los déficits del cuerpo social.

Lo anterior no debe ser olvidado por cuanto significa un averroísmo en el método del discurso entre saber y realidad, con lo cual se crean antinomias, entre un reconocimiento formal del Estado Constitucional de derecho, lo que el mismo significa y una práctica autoritaria en cuanto al ejercicio del poder penal.

B. Ambitos Aplicativos. Conviene ahora examinar la dimensión en la cual se desarrolla y tiene vigencia el principio de intervención mínima. Sí el derecho penal será ejercido dentro de

---

21. Sobre los alcances de la configuración del derecho penal máximo y del derecho penal mínimo en relación a las normas penales, la Sala de lo Constitucional ha dicho: "Desde las premisas expuestas, puede diferenciarse las características que definen un Derecho Penal mínimo de un derecho penal máximo –según el grado de intervención estatal en las libertades–; así según el primero, no se admite ninguna imposición de pena sin que se produzca la comisión de un delito, sin que tal punición, sea necesaria y no excesiva, en relación con el carácter lesivo de la conducta, lo que a su vez conlleva a la exigencia de que se penalicen aspectos exteriores y materiales de la acción criminal –no elementos de la interioridad del sujeto – pues sólo así se podrá reflejar la imputabilidad y culpabilidad del autor; así mismo tales exigencias carecerían de sentido si el delito –desviación punible atribuible a un sujeto en virtud de la lesión a un bien jurídico– no esta prevista taxativamente en la ley, y que para su atribución, requiera prueba empírica discutida ante juez imparcial en un proceso público y contradictorio previamente establecido, e instado por las autoridades competentes. Según los postulados constitucionales que identifican al derecho penal salvadoreño conectándolo con los principios que configuran un Estado Constitucional de Derecho, es claro que el derecho penal mínimo –condicionado y limitado estrictamente– corresponde no sólo al máximo grado de tutela de las libertades de los ciudadanos respecto del arbitrio punitivo, sino también a un ideal de racionalidad y certeza jurídica. Con ello, resulta excluida la responsabilidad penal, todas las veces que sus presupuestos sean inciertos e indeterminados; un derecho penal es racional y cierto en la medida que sus regulaciones son previsibles; y son previsibles sólo las motivadas por argumentos cognoscitivos que sean susceptibles de refutación procesal. A la inversa, el modelo de derecho penal máximo –incondicional e ilimitado – es el que se caracteriza además de su excesiva severidad, por la incertidumbre y la imprevisibilidad de las conductas y sus respectivas penas; y que, consecuentemente, se configura como un sistema de poder no controlable racionalmente por la ausencia de parámetros ciertos y objetivos de convalidación o anulación". Sentencia de Inconstitucionalidad de la Ley Anti Maras pp 162 a 163. Respecto de los Fundamentos del derecho penal mínimo y del derecho penal máximo ver: FERRAJOLI Luigi "Derecho y Razón". Teoría del Garantismo Penal. Traducción de Perfecto Andrés Ibáñez. 2.º edición. Editorial Trotta. Madrid. España. 1997 pp103 a 109.

22. GASCON ABELLÁN Marina, GARCIA FIGUEROA Alfonso "Interpretación y Argumentación Jurídica..." op cit pp 14 a 16.

una marco de respeto al estado constitucional, y si dentro de éste la violencia que produce el derecho penal debe de estar controlada, para que la misma sea un ejercicio racional y por ende legítimo, entenderemos que la sistemática penal debe de explicarse desde uno de sus principios fundantes –el de intervención mínima– que precisa que la violencia ejercida por el estado en el control de los conflictos sociales, debe ser el ultimo recurso al cual haga uso el estado.

Precisamente esa connotación de postrimería en la intervención es la que califica al principio de ultima ratio del derecho penal, el cual emerge de la construcción del estado de derecho, que tiene que a reducir la violencia dentro del orden estatal y limitar a lo imprescindible a aquella –violencia– que sea razonablemente necesaria; y ello siempre ha sido un idealario dentro del saber penal, impulsado en su origen por el pensamiento ilustrado<sup>23</sup>.

Ahora bien, el desarrollo del principio de intervención mínima, en el tratamiento de los conflictos que surgen en el seno de una sociedad, tiene una mayor incidencia cuando se le considera articulado sobre las decisiones de política de estado para enfrentar las diversas problemáticas del orden social, con ello nos referimos a los enfoques que desde la política criminal entendida –como política de estado– se hacen frente al fenómeno del conflicto, que posteriormente puede derivarse al conflicto delictivo. Ciertamente en la actualidad se señalan tres modelos de gestión de los conflictos del orden social, a los cuales puede recurrir el estado como modelos de intervención, siendo estos, el modelo preventivo, el modelo disuasivo y el modelo reactivo<sup>24</sup>.

En cuanto al modelo de prevención, este se centra en las estrategias de articulación de políticas que tratan de prevenir la presentación de determinados conflictos en la interrelación personal, para ello es necesario reconocer la existencia del ámbito problemático y el punto esencial radica en dirigir las estrategias para su neutralización, mediante el desarrollo de la función preventiva, empero se debe ser consciente que, no se enfrenta el aspecto neurálgico del conflicto, por cuanto no incide en las causas originarias del fenómeno problemático, tratándose únicamente el aspecto más notorio del mismo, sin embargo el desarrollo de la función preventiva evita que la situación conflictiva genere consecuencias de mayor afectación a los bienes jurídicos de un sector de los gobernados.

El otro modelo de intervención pasa del aspecto preventivo al disuasivo, por cuanto mediante el desarrollo de esta estrategia no se pretende la prevención de la situación conflictiva, sino únicamente la remisión parcial de las consecuencias del mismo,

---

23. Ver en tal sentido: FERRAJOLI Luigi "Derecho y Razón..." op cit pp 332 a 333.

24. Desde esta perspectiva lo enfoca BINDER Alberto M. "Introducción al Derecho Penal". AD-HOC. Buenos Aires. Argentina. 2004 pp 42 a 43.

como signo de violencia social, es por ello que la función disuasiva constituye una mutación de la situación conflictiva, pero no implica la solución del mismo, con lo cual éste modelo, por estar más alejado de la causa del conflicto, incide menos en su solución integral.

Por último cuando el conflicto ha generado manifestaciones concretas de afectación, el nivel de intervención estatal es más incisivo, normalmente se desarrolla mediante el concurso de los sistemas sancionadores, para interrumpir el conflicto y tratar de redefinirlo mediante el ejercicio de los actores del sistema penal y la formalización de la imputación penal, éste mecanismo debe ser último, no sólo por que es el más violento, sino por que respecto de la tutela de los derechos fundamentales y de los bienes jurídicos de los habitantes, es el que menos capacidad de eficacia tiene para evitar el conflicto, puesto que es completamente reactivo a éste, es decir funciona cuando la perturbación por el conflicto ha ocurrido, de ahí la necesidad que en el marco de la seguridad ciudadana, sea un elemento necesario, pero de última intervención<sup>25</sup>.

C. Función del Principio de Mínima Intervención. Quizá sea conveniente recordar al explicar la función asignada al principio de mínima intervención penal, de su característica heterogénea y vinculatoria a otros principios, lo cual no le hace perder su propia identidad de principio limitador del poder penal. Dicho lo anterior debe precisarse que la tutela de los bienes jurídicos en el orden social no se realiza con exclusividad mediante la intervención del poder punitivo del estado, esta actividad únicamente debe constituir un ámbito de protección complementario por el derecho penal cuando a nivel de política de gestión de los conflictos se ha confirmado el fracaso de otros sectores de intervención estatal en el tratamiento del conflicto; de ahí que la punibilidad en su connotación abstracta y concreta es la última opción para el estado<sup>26</sup> por cuanto el derecho penal no es un mecanismo de protección total de los bienes jurídicos de los habitantes<sup>27</sup>.

No es posible pretender que el derecho penal sea la consecuencia frente la totalidad de las conductas infractoras de las reglas prescriptivas que ordenan la actividad social, y por ello la

---

25. Sobre esos aspectos ver BINDER Alberto M. "Introducción al Derecho..." op cit pp. 44 a 45.

26. En tal sentido se ha dicho con relación al principio de mínima intervención: "Una de las manifestaciones del principio de mínima intervención es que la coherencia del sistema exige que el derecho penal intervenga solo en los casos más graves de ataques contra los bienes jurídicos más importantes, ya que las perturbaciones más leves de los bienes jurídicos o contra los bienes jurídicos menos relevantes son objeto de otras ramas del Derecho. En otras palabras, existen conductas que perturban bienes jurídicos, que no son penalizados o instituidos como delictivos sino que son objeto de solución por las otras ramas del derecho. Una de las finalidades de la política criminal es decidir sobre como las instituciones del Estado responden al problema denominado criminalidad, implicando además decisiones respecto ¿que tipos de comportamiento debieron ser criminalizados, es acá donde cobra importancia el principio de mínima intervención. Cámara de la Tercera Sección Occidente. 18-02-02.

27. Ver LUZON PEÑA José-Manuel "Curso de Derecho Penal". Editorial Hispamer. Colombia. 2000 pp 82 a 83

intervención del derecho penal únicamente puede ocurrir cuando el grado de ofensa respecto de los bienes jurídicos sean más violentos y mas intolerables, para el mantenimiento de la paz social, ello también implica dotar de verdadera eficacia al derecho penal, por cuanto la intervención de éste será más eficiente y más legítima en cuanto a las consecuencias que de el mismo se pretenden, de lo contrario el mismo derecho penal quedará deslegitimado, por no poder cumplir las expectativas que se le han subrogado, con lo cual se debilitara en la conciencia ciudadana la confianza en la tutela simbólica –racional– que puede ser conferida al derecho penal, y de ahí la importancia que el principio de intervención mínima cumple para un verdadero derecho penal que sea eficaz y respetuoso del modelo constitucional.

D. Subsidiariedad. Aspecto esencial del principio de intervención mínima, el carácter subsidiario, con el cual “colorea” al derecho penal, ello significa que el sistema punitivo únicamente debe actuar cuando los ataques a los intereses jurídicos tengan una connotación de gravedad por fuera de la nimiedad; desde esa perspectiva es que se explica el carácter de subsidiariedad del orden penal, teniéndose en cuenta que la sistemática penal tiene una función –desde nuestra perspectiva– fundamentalmente tuteladora de los bienes jurídicos.

Lo anterior, no implica sustentar una función omnimoda –objetivismo puro– de protección de dichos bienes, sino solamente accesoria, en el sentido que solamente cuando la protección dispensada por otros mecanismos de intervención –normativos o no– fracasen, el derecho penal podrá concurrir a la intervención del conflicto<sup>28</sup>.

Lo anterior no significa un condicionamiento del derecho penal respecto de otros tipos de ordenamiento o una interferencia de estos en los niveles de aplicación del derecho penal, el orden penal mantiene su ámbito de autonomía en cuanto a las especiales consecuencias que genera la infracción a sus prohibiciones, y que precisamente lo diferencian de todos los otros sistemas de control formalizado, inclusive los que tienen una connotación sancionadora, aunque no de máxima intervención como en el derecho penal.

Sin embargo, en cuanto a la construcción de la ilicitud, es menester reconocer y ello es necesario para la vigencia del aspecto

---

28. Así se ha dicho: “El Derecho penal sólo es incluso la última de entre todas las medidas protectoras que hay que considerar, es decir que sólo se le puede hacer intervenir cuando fallen otros medios de solución social del problema –como la acción civil, las regulaciones de policía o jurídico-técnicas, las sanciones no penales etc.–. Por ello se denomina a la pena como “última ratio de la política social” y se define su misión como protección subsidiaria de bienes jurídicos. En la medida que el derecho penal sólo protege una parte de los bienes jurídicos, e incluso ésa no siempre de modo general, sino frecuentemente (como el patrimonio) sólo frente a formas de ataque concretas, se habla también de la naturaleza fragmentaria del derecho penal”. ROXIN Claus “Derecho Penal”. Parte General. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito. Traducción de la segunda edición alemana por Diego Manuel Luzon Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal. Civitas. Madrid. España. 1997 p 65.

subsidiario del derecho penal, que la construcción de la misma, no corresponde en muchas áreas de la conflictividad con exclusividad al derecho penal, con lo cual la intervención del orden penal, también queda condicionada a la eficacia de la intervención de otras áreas del orden jurídico que pueden inclusive aportar más a la solución del conflicto, por medidas de menor nivel de intervención en los derechos de los gobernados o por producir menos consecuencias no queridas pero esperadas en cuanto a la satisfacción del conflicto.

Por cuanto un derecho penal que en lugar de aportar a la reformulación del conflicto en cuanto provocar menos situaciones lesivas, provoca una mayor afectación en la relación social de los involucrados, es un derecho penal carente de su función de reducir el conflicto y por ende no subsidiario en cuanto al tratamiento del problema social, de ahí que la dimensión del aspecto subsidiario del derecho penal, no puede únicamente ser entendido desde el ámbito de la creación de las prescripciones penales, sino también en cuanto a la aplicación de las normas penales al conflicto que en concreto se presenta.

E. Fragmentariedad. El aspecto fragmentario del orden penal, vinculado al principio de intervención mínima, significa que el proceso de incriminación de la conducta delictiva en cuanto a su configuración legislativa, debe ser limitada, lo cual implica que no todos los intereses que defiende el orden jurídico deben ser elevados a la categoría de bienes jurídico penales, y que aún elevándolos a ese rango de protección, no todos pueden ser defendidos de todas las modalidades de ataque que se realicen contra los mismos, sino únicamente de aquellas formas que afectan al bien jurídico mediante ataques de más gravedad en cuanto a su grado de realización o por los resultados que puede alcanzar<sup>29</sup>; de ahí que el carácter fragmentario del derecho penal obedezca a que éste sólo sanciona aquellas conductas que más gravemente afecten los bienes jurídicos de terceros.

La doctrina penal señala que la fragmentariedad del orden penal, se manifiesta desde un modelo tripartito que se concretiza en: a) la acción protectora de los intereses jurídicos se dispensa mediante aquellos formas de ataque que tengan una singular gravedad por la forma en la cual se concretiza su lesión, característica de ello es la adopción de las modelos de imputación dolosa de las conductas y la exclusión de las conductas imprudentes en cuanto al ámbito de protección; b) la consideración de seleccionar sólo parcialmente la ilicitud general de ciertas conductas, con lo cual el radio de acción de las normas penales se constriñe a ciertos ámbitos de la antijuridicidad, la cual de acuerdo a la dimensión del bien jurídico, puede significar expansiones o restricciones en cuanto

---

29. Sobre los alcances de la fragmentariedad ver MIR PUIG Santiago "Introducción a las Bases del Derecho Penal". Concepto y método. 2<sup>o</sup> edición. Editorial B de F. Buenos Aires. Argentina. 2002 pp 110 a 112.

ámbito de lo ilícito; c) delimitando los parámetros de intervención del derecho penal, a conductas lesionadoras de un mínimo ético-social, sin que tengan relevancia la afectación de los propios bienes jurídicos o aspectos meramente morales del orden social.

También se señala que la protección fragmentaria de los bienes jurídicos representa desde la noción de la política de intervención del derecho penal, unas cualidades especiales de los objetos dignos de protección, respecto de la tutela penal esperada, lo cual significa que:

a) El bien jurídico debe ser merecedor de la protección penal. Ello significa que dicho interés vital debe tener un valor suficiente para que al mismo se le pueda dispensar protección, tal aspecto como se ha señalado inclusive depende de las particulares valoraciones de un contexto histórico-político en relación a la realidad que se viva en el orden social;

b) El bien jurídico debe ser necesitado de la protección jurídico-penal. Lo cual se entiende en el sentido que, aunque un bien jurídico sea merecido de protección su especial naturaleza puede significar que no concurra necesidad en la protección de dicho interés vital, por cuanto la tutela que se le concede por otros áreas del orden jurídico es necesaria para presentar una tutela más efectiva a esa parcialidad de relación social, y únicamente cuando dicha protección sea disfuncional, el derecho penal podrá intervenir, aunque para ello debe considerarse la capacidad de tutela del orden jurídico penal;

c) La capacidad del bien jurídico para ser efectivamente protegido. Lo anterior significa que aunque la relación social que da sustrato al bien jurídico amerite protección por cuanto su preponderancia y su necesidad de tutela, esta misma puede ser completamente disfuncional si el derecho penal con su intervención causará una mayor afectación al bien jurídico, en relación a la no tutela que podría conceder, se trata aquí de una visión en las consecuencias en la cual se formula una propensión de los efectos queridos, como de los no queridos –pero que indefectiblemente acaecerán– con la intervención del derecho penal, y que someterán a un mayor grado de afectación del bien jurídico, este aspecto se ha tratado como la idoneidad de los bienes jurídicos para ser protegidos por el derecho penal, en el sentido que la tutela que se dispensa no va a generar consecuencias más nocivas alrededor de las relaciones sociales<sup>30</sup>.

F. Consecuencias del principio de Mínima Intervención. Para esbozar las consecuencias del principio de mínima intervención penal, debe de recordarse su postulado esencial, el cual es la rigurosa necesidad de intervención, en el sentido que el derecho

---

30. Sobre estas cualidades de protección atendiendo al principio de intervención mínima desde la perspectiva de la fragmentariedad ver MUNOZ CONDE Francisco "Introducción al Derecho Penal..." op cit pp 125 a 130.



penal sólo debe intervenir cuando sea estrictamente necesario, ello significa que la violencia penal que produce el Estado mediante la intervención del derecho penal, únicamente se encuentra justificada cuando ella misma sea necesaria para la salvaguarda de los intereses jurídicos más relevantes de los habitantes, para mantener el orden social dentro de una visión democrática del ejercicio del poder. Es por ello que al principio de intervención mínima también se le ha calificado como principio de extrema ratio, con lo cual se quiere expresar, que la utilización del poder penal no es posible emplearla siempre en todos los conflictos sociales que se presenten, por que ello significaría pasar de un Estado democrático a un Estado penal.

Las consecuencias que se derivan del principio de intervención mínima pueden ser resumidas en las siguientes: a) que únicamente el legislante puede criminalizar aquellas conductas que sean necesarias para el mantenimiento del orden jurídico y la paz social, mediante la tutela de bienes jurídicos trascendentes para el ser humano; b) que las consecuencias jurídicas que se adopten para tales conductas deben ser las de menor incidencia en las libertades y derechos ciudadanos, procurando que no provoque una afectación irrazonable; c) que debe siempre mediante una base empírica examinarse la necesidad de desincriminación y despenalización de aquellas conductas que ya no se justifiquen en cuanto a su punición; d) que la utilización de la pena privativa de libertad debe ser la última opción en los sistemas de sanción.

## 1.2 EL PRINCIPIO DE DIGNIDAD HUMANA.

A. Fundamentos Actuales. La prevalencia del principio de dignidad humana<sup>31</sup>, significa la asunción de un determinado modelo de Estado, por cuanto que el estado sea una creación para servir al hombre, significa que esa dimensión personal y social del ser humano es una barrera infranqueable en el desarrollo del orden social para todas las políticas que deba impulsar el ente estatal, en las cuales, no pueden rebasarse las limitaciones que el principio de dignidad humana fija al ejercicio del poder, en este caso del poder penal<sup>32</sup>. De ahí que se pasa de una visión de Estado de Derecho a Estado Constitucional y social de derecho, por cuanto es en este en el cual los derechos fundamentales y sociales alcanza una mayor dimensión centrados precisamente en el principio de dignidad humana<sup>33</sup>.

---

31. En tal sentido se ha manifestado sobre la primacía del ser humano "Ello significa que la Constitución no es la mera codificación de la estructura político 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 el 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. Sala de lo Constitucional. IS. 15-96/16-96/17-96/19-96/20-96/21-96/23-96. Acum. 32. Ver en tal sentido SUAREZ SÁNCHEZ Alberto "El Debido Proceso Penal". Universidad Externado de Colombia. Bogotá. Colombia. 1998 p 127.

33. Se ha indicado sobre la dignidad humana en relación a los derechos fundamentales que: "Son derechos fundamentales o derechos humanos los que se encuentran intrínsecamente conectados con la dignidad de la persona humana, conexión que es deducible tanto del preámbulo de la Constitución Salvadoreña como del artículo 1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos. humanos Sala de lo Constitucional. Inc. 24-97 ac. 21-98; 26-09-00.

Conforme al principio de dignidad humana, el hombre es un fin en sí mismo, y en tal sentido se le debe respetar ámbitos esenciales como lo son capacidad de autodeterminación, y de libertad<sup>34</sup>, de ahí que, a partir de estos dos grandes fundamentos, el Estado asume la responsabilidad de tutela del ser humano, en cuanto al desarrollo de todas sus políticas –incluida la política penal– para potenciar que las personas alcancen un status de plenitud de vida, lo cual significa la protección de la vida, la integridad física, la integridad psíquica y espiritual, la libertad, la salud, la familia, el trabajo, el medio ambiente, el orden económico, etcétera. En tal sentido la dignidad humana se conecta inescindiblemente con el respeto a los derechos fundamentales y al derecho internacional de los derechos humanos<sup>35</sup>.

Fundamental en la consideración del principio de dignidad humana –con incidencia en el derecho sancionador– es el reconocimiento de la diversidad, del diferente, o “del otro”, ello implica que debe respetarse –incluido el poder penal– la calidad de humano de aquel que puede ser distinto por una serie de condiciones, pero que en nada afectan la calidad de humano de la cual es portador, de ahí que las diferencias en cuanto a raza, credo, condición social o política, sexo, nacionalidad, visión de mundo, forma de ser o de asumir la vida, no debe implicar un trato diferenciador en cuanto a la respuesta penal, teniendo como límite la tutela de los derechos fundamentales.

En el ámbito del derecho penal, el respeto por la dignidad humana es un principio rector, por cuanto en el orden social, muchas de las diferencias entre los seres humanos en cuanto a la opción de vida, pretenden ser intervenidas mediante el desarrollo de políticas penales; sin embargo también en el área del saber penal deber respetarse el principio de alteridad, que significa respetar al diferente, respetar la diversidad en el género humano, lo cual lleva a respetar la identidad que se haya adoptado conforme al principio de autodeterminación.

Lo anterior no es ocioso manifestarlo, por cuanto la privación de esa identidad propia, es un fenómeno que se ha extendido en la actual visión de la postmodernidad, sobre todo con el influjo de las corrientes de pensamiento único que pretenden generar una visión de hombre y de mundo, homogénea y uniforme, en la cual

---

34. Bajo este ideario de que el hombre no es un instrumento, sino un fin en sí mismo, en virtud de su dignidad humana, y que por lo tanto no puede ser cosificado se dijo en su momento: “No hay libertad cuando algunas veces permiten las leyes que en ciertos acontecimientos el hombre deje de ser persona y se reputa como cosa” BECCARIA Cesare “De los Delitos y de las Penas”. Traducción de Juan Antonio de las Casas... op cit p 62.

35. En tal sentido se ha dicho: “Por tanto debe considerarse el status interno de la DIDH a partir del prisma dignidad humana, pues con ello se preconiza una apertura a la protección efectiva de ésta. De este modo, la integración normativa entre el derecho constitucional y la DIDH –por la vía del artículo 144 inc. 2° CN– es jurídicamente viabilizada por la coincidencia de sus objetivos. Es decir corresponde al derecho interno, incluido el constitucional, asegurar la implementación de las normas más favorables a la dignidad de la persona humana, lo que realza la importancia de su rol; la protección de los derechos de las personas”. Sentencia de Inconstitucionalidad de la Ley Antimaras p 183.

al otro se le trata como un desviado al que hay que excluir, mediante el ejercicio del poder penal<sup>36</sup>.

Como punto de partida habrá que expresar que principio de dignidad humana, es un reconocimiento al ser humano como tal, intrínseco a su naturaleza, y por ello se constituye como centro y fin de toda actividad estatal<sup>37</sup>; esta visión profundamente humanística, es la que informa la Constitución, y la misma se comunica a todo el resto de principios, que si se examinan a profundidad están teñidos por el respeto al hombre como ser humano. La visión del principio de dignidad humana, es propia de un Estado de configuración profundamente democrático, que parte de una perspectiva humanista y personalista<sup>38</sup>, por lo cual, todo el orden penal debe responder a este principio, tanto en la creación de las conminaciones penales como en la determinación y aplicación de las sanciones que se asocian a los hechos punibles<sup>39</sup>.

Lo anterior significa que el ser humano tiene un valor inescindible como tal, mismo que no puede ser desconocido por la actividad sancionatoria del Estado, lo anterior implicará respecto de esa condición humana, que a partir de la misma, se estructuran ciertas prohibiciones en el sentido que, la persona humana no puede ser objeto de discriminación, de que se la trata como objeto o cosa, de que se le impongan sanciones que representen materialmente tratos o penas crueles, degradantes o inhumanas.

Por último, debe señalarse que el reconocimiento del derecho de identidad personal, que se vincula al reconocimiento de la alteridad del ser humano, y que se deriva directamente del principio de dignidad humana, ha sido estatuido a nivel de diversos instrumentos internacionales de derechos humanos, los cuales le imprimen una especial primacía al ejercicio del mismo, primero por que se deviene de un orden normativo que jerárquicamente en el sistema de fuentes, tiene un trato diferenciado, segundo por que respecto del orden

---

36. Ver ZAFFARONI Eugenio Raúl "La Globalización y las actuales orientaciones de la Política Criminal" en Nueva Doctrina Penal. 1999-A. Editores del Puerto. Buenos Aires. Argentina. 1999 pp IV a V.

37. En relación a la Dignidad humana y los fines del Estado la Sala de lo Constitucional dijo en sentencia de Inconstitucionalidad Inc. 1-92; 19-07-96. "(...) de modo figurado la Constitución habla de los fines del Estado (...) ya que estos fines estatales sólo pueden tener como último objetivo la realización de los fines éticos de la persona humana, por tanto, los órganos estatales no deben perder de vista que su actividad siempre debe orientarse a la realización de la persona humana, tanto en la dimensión individual como social, sin anteponer a este objetivo supremo supuestos "fines" de la colectividad como conjunto orgánico, o del Estado, como ente superior a aquella, pues en este caso su actuación vendría en inconstitucional por vulnerar el artículo 1.

38. Respecto de la Dignidad humana como fundamento de la Constitución, el máximo tribunal constitucional expresó en sentencia de IS00488. 99 acu. IS00196.99. "Es evidente que la Constitución al entrar en vigencia el veinte de Diciembre de mil novecientos ochenta y tres, no apareció en un vacío jurídico, sino que se incardinó en un ordenamiento preexistente, el cual no desapareció en su totalidad por la promulgación de la nueva Ley Suprema, sino que pervivió, aunque afectado y modificado por la nueva regulación constitucional; ello plantea lo que Luis López Guerra denomina el problema de la inserción de la Constitución en un ordenamiento forzosamente preconstituido. 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".

39. En tal sentido ver WOLTER Jürgen "Derechos Humanos y Protección de Bienes Jurídicos en un Sistema Europeo del Derecho Penal. Traducción de Francisco Baldó Lavilla en "Fundamentos de un Sistema Penal Europeo del Derecho Penal". J.M. Bosch Editor. Barcelona. España. 1995 pp 39 a 43.

internacional, hay una obligación del Estado de preservar, proteger y potenciar tal derecho; de ahí que las prescripciones que se encuentran en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y políticos –artículo 16– y en la Convención Americana sobre Derechos Humanos –artículo 3– han consagrado el respeto que se debe a la personalidad humana.

Debe entonces reconocerse que, el principio de dignidad humana, se fundamenta en el hecho de que las personas están dotadas de un ámbito de libertad, por el sólo hecho de pertenecer a la especie humana, y ello les confiere un plano de dignidad<sup>40</sup>. Este cimiento, se ha abordado desde diversos ámbitos como lo son el religioso, el ontológico, el ético, el social, el antropológico; y desde todos ello no obstante su heterogeneidad, hay una puesta en común, en el sentido que, los seres humanos, deben ser respetados, en cuanto a su autonomía personal derivada de sus propia dignidad.

Por lo mismo el Estado –incluido el poder penal– no puede asumir fines trascendentes a los de la persona humana, siendo ésta siempre, el fin inmediato de toda actividad estatal incluida la actividad sancionadora, por cuanto la dignidad de la persona humana en toda su dimensión constituye un límite infranqueable para las políticas penales que se impulsen por el estado, el cual está obligado a respetar siempre el carácter de digno del ser humano, tanto en la creación del delito como en la imposición y ejecución de las sanciones penales<sup>41</sup>.

B. La inviolabilidad de la persona humana. Aspecto fundamental derivado del principio de dignidad humana, es la consecuencia de incolumidad del ser humano, para ello es oportuno recordar que mediante el principio de dignidad del hombre se prescribe que, todos las personas deben ser tratados según sus propias decisiones o manifestaciones de consentimiento, teniendo como límite el mismo respeto de los derechos de los demás.

---

40. En lo relativo a la Dignidad humana y libertad se ha dicho: "La Constitución Salvadoreña califica de derecho fundamental no sólo a determinadas libertades –v. gr. libertad de expresión, libertad religiosa – sino que también confiere un derecho general de libertad, como se deduce tanto del artículo 2 como del artículo 8, ambos de la Constitución (...). Para dar contenido concretos a ese derecho general a la libertad, es indispensable recurrir al principio de la dignidad de la persona humana, art. 1 de la Constitución (...). Si se vinculan ambos conceptos –dignidad y libertad– puede afirmarse que en la Constitución Salvadoreña subyace una concepción de la persona como ser ético-espiritual que aspira a determinarse en libertad". Sala de lo Constitucional. Inc. 17-95; 14-12-95.

41. En cuanto a La dignidad humana como límite al poder penal del Estado, se ha expresado.: "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 a 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 por que 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 traducirse en una efectiva tutela a los derechos fundamentales de la persona humana". Sala de lo Constitucional. IS. 15-96/16-96/17-96/19-96/20-96/21-96/23-96. Acum.

Como consecuencia de este fundamento, surge el reconocimiento de inviolabilidad del hombre, el cual radica en el derecho a no ser privado de ciertos bienes jurídicos, como la vida, la integridad corporal y psíquica, la libertad, admitiéndose únicamente en ciertos derechos restricciones razonables a los mismos –caso de la libertad en cuanto a las coerciones que limitan la misma– ; en concreto de acuerdo al principio de dignidad humana, el ser humano es inviolable, por lo cual no es legítimo imponerle privaciones que no representen ulteriormente un beneficio para su propia personalidad.

La tutela de este derecho no sólo está dirigida respecto de los particulares, sino que también queda comprendida toda la actividad estatal, de ahí que la razonabilidad debe imponerse en un aspecto tan sensible, como lo es el derecho penal en el cual los medios de intervención resultan ser lo más lesivos para el ser humano, es por ello que aún admitiendo la necesidad de la sanción como última opción, la misma debe respetar el marco de inviolabilidad de la persona humana, y constituir en todo caso un instrumento de personalización.

C. Consecuencias del Principio de Dignidad. Como consecuencias del principio de dignidad humana, pueden aproximarse las siguientes, las cuales inciden en toda la actividad normativa incluida la que corresponde a todo el sistema penal:

(a) En atención a la dignidad del ser humano, la persona no puede ser discriminada en ninguna forma, ni aún mediante el uso de cláusulas equiparativas o de diferenciación, cuando las mismas signifiquen un decrecimiento en el contenido esencial de los derechos fundamentales de la persona<sup>42</sup>. En tal sentido, la producción normativa penal debe respetar este ámbito de prohibición de discriminación, de tal manera que, las diferencias que se hagan en las conminaciones penales, no tienen que tener como referente, un trato discriminatorio, en cuanto afectación de derechos o libertades, en virtud de las condiciones personales. Es por ello que, la incriminación penal siempre debe mantener un ámbito de generalidad; en los supuestos normativos, que impulsen una vocación por formas de derecho penal de autor –en detrimento de normas generales– mediante las

---

42. Como Reconocimiento de la dignidad humana a nivel internacional se ha dicho: Fundamento de Derecho N° (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 incurso en tal situación de inferioridad. No es admisible crear diferencias de tratamiento entre seres humanos que no se corresponda con su única e idéntica naturaleza./ Fundamento de Derecho N° (57): 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 puede 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. Corte Interamericana de Derechos Humanos. OC-4-84 del diecinueve de Enero de 1984. SER. A. N° 4.

cuales se persigan segmentos o franjas de la población, debe de señalarse que se está atentado contra el principio de igualdad, en lo relativo a la persecución penal<sup>43</sup>, por cuanto es precisamente el principio de igualdad, el que garantiza –mediante el principio de legalidad– que en la construcción de los tipos penales, no se incurran en prácticas de discriminación del ser humano. Es por ello que la ley penal en cuanto construcción normativa y derivación del principio de igualdad, no puede perseguir a grupos de personas en atención a sus características y por el contrario deber estar construida para la persecución genérica de todos los habitantes<sup>44</sup>.

(b) Que en virtud del principio de dignidad del ser humano, la persona que se encuentre afectada en su condición humana, por circunstancias biofísicas o sociales, en ningún momento pierde la calidad de ser humano y la dignidad que le corresponde como tal, así como todos los derechos que de ella se derivan. Precisamente es en este fundamento, en el cual, encuentra explicación, la prohibición de que las penas que se impongan a la persona por el hecho punible cometido, signifiquen un irrespeto a su condición intrínseca de ser humano<sup>45</sup>.

Con lo cual debe reconocerse que, ciertamente el delito, es una forma de afectación de índole ético-social, en la persona humana, que puede ver degradada en mayor o menor medida su conciencia, ante el irrespeto de los bienes jurídicos de terceros; empero, la atribución de la comisión un hecho delictivo, o en su caso la declaratoria de culpabilidad, y la pena que ha de ejecutarse respecto de la persona declarada culpable, nunca deben significar un irrespeto a la dignidad del ser humano, aunque el mismo sea una persona delincuente, es decir un ser humano que ha cometido un delito, lo cual únicamente debe significar la privación de alguno o algunos de sus derechos, pero manteniendo indemne su esencia de persona, con todos los derechos que de la misma se derivan.

(c) Que en virtud del reconocimiento de la dignidad humana, la persona no puede ser privada esencialmente en sus derechos o libertades fundamentales, la no privación esencial de los derechos fundamentales significa que, las restricciones que se hagan a estos<sup>46</sup>,

43. En relación al principio de dignidad humana respecto de los regímenes penales, la función de la pena, y la prohibición de tratos no igualitarios, que no son legítimos en un Estado Constitucional de Derecho, vinculándolo a leyes de carácter especial que generan desigualdad en el ejercicio del poder penal y declarándolo violatorio de la Constitución por esos motivos ver. Sentencia de Inconstitucionalidad de la Ley Anti Maras p 208 a 213.

44. De manera muy precisa lo explica LLOBET RODRÍGUEZ Javier "Garantías y Sistema Penal". Releyendo hoy a Cesare Beccaria. Editorial Arete. San José. Costa Rica. 1999 pp 109 a 111.

45. Ver FERRAJOLI Luigi "Derecho y Razón..." op. cit pp 394 a 397.

46. En cuanto a las limitaciones de los derechos fundamentales se ha dicho –con cita de Durig– que implican restricciones a su núcleo fundamental aquellas que: "afecten el contenido esencial de un derecho fundamental, cuando el administrado queda convertido en mero objeto de la actividad estatal, especialmente cuando se condiciona el uso de un derecho fundamental a la existencia de ciertos presupuestos cuyo cumplimiento no puede lograrse a pesar de poner su titular su mayor empeño en ello". HERNÁNDEZ VALLE Rubén "El Derecho de la Constitución". Volumen II. Editorial Juricentro. San José. Costa Rica. 1994 pp 347 a 348. Ahora bien, en cuanto a la construcción del contenido esencial de los derechos fundamentales se ha dicho, que estos son abiertos, siendo que su reconocimiento debe aproximarse mediante el uso de construcciones lógicas y

no pueden afectar el núcleo duro de los mismos o el contenido esencial<sup>47</sup> de sus derechos fundamentales, por cuanto una afectación aún a la parcialidad de un aspecto del contenido esencial, lo vuelve disfuncional, vale decir no practicable, razón por la que esta vedado al estado –en este caso– en su intervención punitiva, afectar el contenido esencial de los derechos fundamentales que reconoce la Constitución, por que ese contenido mínimo, por así decirlo es inviolable, siendo los criterios que se señalan para determinar el contenido esencial de un derecho fundamental, los de reconocibilidad, así como el de los intereses jurídicamente protegidos<sup>48</sup>, los cuales no pueden ser desconocidos por cuanto ello significaría la afectación al contenido esencial de un derecho fundamental, y a su transgresión.

A este fundamento, corresponde la formulación de prohibición absoluta de penas o medidas de seguridad, que afecten el contenido esencial de un derecho fundamental<sup>49</sup>, con lo cual se indica que la

---

conceptuales derivados de la mismas normas constitucionales en tal sentido: ver LÓPEZ GUERRA Luis "Introducción al Derecho Constitucional". 1ª edición. Tirant lo Blanch. Valencia. España. 1994 pp 112 a 113.

47. Por contenido esencial de los derechos fundamentales se ha entendido: "el reducto último que compone la sustancia del derecho, disuelto el cual (aunque sólo sea en algunos de sus elementos) el derecho deja de ser aquello a lo que la norma fundamental se refiere" ALVAREZ CONDE, Enrique "Curso de Derecho Constitucional". Volumen I. Tecnos. 3ª edición. Madrid. España. 1999 p 509.

48. Sobre estos criterios de reconocibilidad y de tutela normativa de intereses ver PÉREZ ROYO Javier "Curso de Derecho Constitucional". 3ª edición. Marcial Pons. Madrid. España. 1998 pp 347 a 348; RUBIO LLORENTE Francisco "Derechos Fundamentales y Principios Constitucionales (doctrina jurisprudencial)". 1ª edición. Editorial Ariel. Barcelona. España. 1995 pp 721 a 724.

49. En lo relativo a la Prohibición de afectar el núcleo esencial de la dignidad humana mediante penas privativas de libertad, se ha dicho: "Los reos por la condena sólo están privados de libertad, pero no pierden la misma; sin embargo este ámbito se ve afectado, en el caso de la pena de prisión con modalidad de aislamiento, tal cual lo prescribe el artículo 45 N° 1 CP vinculado al artículo 103 de la Ley Penitenciaria, para ciertos delitos dentro de los que esta el lavado de dinero y activos. Mucho menos la pena podrá significar otras privaciones del derecho general de libertad, que ni la misma Constitución concibe, como la afectación al derecho de informarse, a la intervención de correspondencia o de las comunicaciones telefónicas o a limitar el derecho a compartir libremente, y en condiciones lo más normales posibles, con el grupo familiar. De ahí que –lo repetimos– el encastamiento, el aislamiento como modalidad de la pena de prisión, repugna a la dignidad humana, es por ello que enfatizamos, que la pena privativa de libertad, debe ser organizada sobre el fundamento de la dignidad personal, y con fines humanitarios y resocializantes, que no importen una mayor degradación en el ser humano, afectando irrazonablemente sus derechos, aún aquellos que ya se encuentran restringidos, es por ello que la pena de prisión debe proscribir en cuanto a su ejecución todo aquello que sea excesivo, cruel y ofensivo para la humanidad de la persona. Debe en este punto recordarse además, que el condenado no por ser culpable pierde el ejercicio de sus derechos fundamentales, éstos sólo se encuentran restringidos de manera proporcional, tampoco la condena resta en nada a la persona su calidad de ser humano, y el derecho a ser tratado como tal; el condenado no es un extraño en la sociedad, no es una especie de ser a-social, sino que a pesar de la condena, forma parte importante del cuerpo social, con plenitud de derechos, si no se han visto afectados por una ley que goce de estimación constitucional; de ahí que los restantes derechos del reo permanezcan incólumes; es por ello que la pena dirigida al hombre culpable, debe ostentar el respeto de la persona humana, ya que la pena proporcional y no deshumanizada será un parámetro para fomentar la responsabilidad del condenado, enseñándole que aún ante su delito, la pena no es un acto de ensañamiento contra su persona. De ahí que, aunque con la pena de prisión se restrinja la libertad ambulatoria de manera relativa, pero no los derechos civiles que tiene el ciudadano, los cuales deben serle respetados en atención a su calidad de persona. La efectiva tutela de los derechos fundamentales, pasa por reconocer que el privado de libertad, mediante condena, mantiene indemne la dignificación como persona, se encuentra privado de libertad, pero ello no significa –en un Estado Democrático de Derecho– que por esa razón pierda sus derechos fundamentales. Debe considerarse entonces, que la pena de prisión significa la disminución de un ámbito de libertad ambulatoria –la que se restringe a la penitenciaria– y ello es la principal consecuencia de la responsabilidad por el delito cometido, cuando sea necesario; pero esto no implica que el régimen de la pena de prisión, afecte otros derechos fundamentales, hasta el grado de afectar su núcleo esencial; si ello se dispone así, para agudizar los caracteres de la pena, volviéndola un instrumento deliberadamente afflictivo; tal decisión es irrazonable,



restricción que se determine no debe implicar una afectación la esencia de los derechos o libertades; o que por otra parte, tales sanciones no impliquen un trato inhumano degradante o cruel.

Sobre la base de lo anterior, debe tenerse en cuenta que, las sanciones que prevé el derecho penal, ante el delito, son penas y medidas de seguridad; estas son formas de restricción de derechos o libertades de la persona, que se verá afectada por su imposición; sin embargo la restricción de esos derechos, para ser legítima –vale decir– conforme a la Constitución, debe respetar el núcleo esencial de los derechos y libertades del ser humano; y precisamente en virtud de lo anterior es que, la intervención penal en el ámbito sancionatorio, únicamente, puede reducir este derecho, pero no vaciarlo de contenido, en el sentido que lo torne disfuncional en cuanto a su ejercicio o goce del mismo.

Bajo esta línea de ideas debe considerarse que la primacía de la dignidad impide que la afectación por la coerción penal llegue hasta límites de reducción del núcleo duro de los derechos y libertades fundamentales; y de ahí, la conexión directa, con la prohibición absoluta<sup>50</sup>, de penas o medidas de seguridad, que en su contenido impliquen un trato inhumano, cruel o degradante<sup>51</sup>.

---

desproporcional y arbitraria, por que no respeta los derechos fundamentales, sino que los pretende aniquilar, causando un máximo de afflictividad". Tribunal Tercero de Sentencia de San Salvador. 12-06-03 50. En esa línea de pensamiento ver ZAFFARONI Eugenio Raúl, ALAGIA Alejandro, SLOKAR Alejandro "Derecho Penal". Parte general. Ediar. Buenos Aires. Argentina. 2000 p 125.

51. Señalándose la obligación de un trato digno ante la penas, así como la prohibición de penas indignas o inhumanas como respeto máximo al principio de dignidad humana, un Estado democrático y Constitucional debe, por la pena, ante las conductas más intolerables, privar de algunos de sus derechos a los condenados; pero está obligado como Estado a preservar, proteger, y hacer respetar los demás derechos de los justiciables sujetos a una pena de prisión. La ley penal, para respetar verdaderamente la dignidad y primacía de la persona humana, sólo puede ordenar –desde el principio de proporcionalidad– que algunos de los derechos fundamentales, resulten restringidos como consecuencia de una condena, empero el ejercicio de los demás derechos, el Estado debe garantizarlos tal como se prescribe en el artículo 2 de la Constitución. El reo es un sujeto de derechos y no un objeto, o una mera categoría enunciada en los tipos penales, sobre los cuales el Estado no puede tener amplios y omnímodos poderes de control y sujeción sobre sus vidas; por ello, no es permitido una intromisión tan aguda en el núcleo del derecho a la autodeterminación personal, si ello se permitiera, el poder penal que debe ser racional y constitucional –para ser legítimo – se constituirá en un mero mecanismo de opresión, signo involutivo de un esquema totalitario, que atenta de manera palmaria y sustancial, contra el núcleo esencial de la libertad y dignidad de la persona humana, ejes de todo derecho y principios fundamentales que son el cimiento de la concepción político-filosófica constitucional de la cultura occidental. Un principio que subyace en todo el orden penal y que funciona como límite a los excesos, es el principio de dignidad humana; que adquiere mayor relevancia en lo pertinente a las consecuencias jurídicas del delito. Las penas –y también las medidas de seguridad– aunque restrinjan legítimamente derechos fundamentales de la persona, no deben afrontar la dignidad humana de la misma, ese es el límite irrebalsable para la determinación de la sanciones en su ámbito cuantitativo y cualitativo. Es por ello que están proscribas de nuestro ordenamiento, toda pena que explícita o implícitamente signifiquen penas perpetuas o aquellas que –por su forma de ejecución– sean tormentosas, degradantes, o impliquen un trato cruel o inhumano; la razón es que tales penas, resabios de un Derecho Penal pretérito, afrontan la racionalidad del concepto del hombre y su dignidad como ser humano. Y es que nuestra Constitución reconoce a la persona humana, como centro y finalidad de toda actividad del Estado, no dice otra cosa la Constitución cuando por ella se declara que: "El Salvador reconoce a la persona humana como el origen y el fin de la actividad del Estado, que está organizado para la consecución de la justicia, de la seguridad jurídica y del bien común". De ahí que toda la actividad del Estado, en este caso la sancionadora, debe de respetar la primacía del ser humano, aún del ser humano delincuente, por que este –pese al delito– mantiene indemne la calidad de ser humano. Por supuesto, esta visión personalista que dimana de nuestra Constitución, y es propia del pensamiento liberal humanista, sólo resulta contrapuesta, por visiones autoritarias del poder, quien asume fines trascendentes al de la persona humana; por el contra el derecho penal y los poderes del que éste emanan, deben respetar al hombre como fin y no volverlo medio, destruyendo



Estas modalidades, son ya superlativas en cuanto a la afectación de los derechos y libertades, y se encuentran así mismo prohibidas por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en el artículo 7; por la Convención Americana sobre Derechos Humanos en el artículo 5.1.2; y de manera específica en el artículo 2 de la Convención Interamericana para prevenir y sancionar la Tortura.

Por último, en lo que respecta a este apartado, es conveniente indicar que las penas crueles o inhumanas, tienen el denominador común de causar una excesiva afflictividad al condenado, al limitar desproporcionadamente sus derechos. Actualmente, no sólo se vinculan a sufrimientos corporales de máxima intensidad –en la idea de suplicio corporal– sino que encubren formas más refinadas, como el aislamiento, las penas de amplio espectro, es decir de larga duración, las cuales alcanzan los mismos fines: no sólo afectar el contenido esencial de las libertades y derechos, sino infligir sufrimientos desmedidos a las personas, los cuales no son compatibles con la dignidad que ostenta el ser humano. Las penas degradantes, como evolución de las penas infamantes, afectan la esencia de la dignidad personal, pues mancilla a la persona, reduciendo los ámbitos de su humanidad.

(d) Otro aspecto que debe ser considerado, es aquel que precisa que, en atención a la dignidad humana, la persona no puede ser objeto de instrumentalización por el Estado, debiéndose respetar en este ámbito, la autonomía del ser humano, en cuanto a la determinación de su conciencia; el hombre no puede ser tratado como un objeto por la ley<sup>52</sup>. Esta idea en materia penal, tiene especial relevancia, no sólo en el aspecto de imposición y ejecución de penas, sino también en el ámbito de la configuración delictiva.

En ese orden de ideas, esta prohibido por ejemplo la criminalización de conductas auto-referentes, en cuanto estas sólo importan un daño respecto del propio sujeto, mismo que queda librado a los ámbitos de su propia autonomía, con ello surge también la gran separación entre derecho penal y moral, diferenciación que se extiende a la separación entre delito y pecado<sup>53</sup>.

Lo anterior se corresponde en materia sancionatoria, en la aceptación de que la pena no puede tener una finalidad de imposición ético-valorativa respecto de la autonomía del sujeto, es decir, que en virtud del principio de dignidad humana, no es posible la intervención en la conciencia del ser humano, desconociendo la

---

con ello la dignidad de las personas, fin último de toda actividad estatal. Tribunal Tercero de Sentencia de San Salvador. 12-06-03.

52. Así expresa LLOBET RODRÍGUEZ Javier "Garantías y Sistema Penal..." op cit p 89 a 96.

53. Sobre ello se dijo: "Finalmente algunos pensaron que la gravedad del pecado se considerase en la graduación de los delitos... La gravedad del pecado depende de la impenetrable malicia del corazón. Esta no puede sin revelación saberse por unos seres limitado: ¿cómo pues, se la tomará por norma para castigar los delitos? Podrán los hombres en este caso castigar cuando perdona, y perdonar cuando castiga. Si ellos son capaces de contradecir al Omnipotente con la ofensa pueden también contradecirle con el castigo. BECCARIA Cesare "De los Delitos y De las Penas..." op cit p 38.

autonomía ética del mismo, de ahí que la pena, aún en la versión de la prevención especial, ha superado la doctrina del tratamiento y de la sujeción, para ser una oferta de no mayor desocialización, que respete el marco de la autonomía personal del penado, y que le garantice el cumplimiento de sus derechos; así en lugar de fines de resocialización actualmente se perfilan los fines de personalización de la pena.

**Dignidad Humana y Penas.** Como aspecto introductorio debe señalarse, que ante la persona declarada culpable y sujeta a un cumplimiento de pena privativa de libertad, debe potenciarse en la ejecución de la sanción una visión solidaria y respetuosa de la persona sobre la cual recaerá el poder punitivo del Estado, desde esta perspectiva se establece como un límite de la punición el respeto a la dignidad del ser humano; y ello aún en el ámbito de la ejecución de las penas, representa el respeto por la autonomía ética de la persona.

Lo anterior significa que el Estado, aún en instituciones de control total, no se erige como amo de la vida de las personas; aún durante el régimen de ejecución de la pena, el individuo tiene derecho a ser considerado en su individualidad tanto personal como social, lo cual implica:

a) la diferenciación necesaria en el régimen penitenciario entre seres diferentes, sin que ello signifique trato alguno discriminatorio en el sentido de reducción de derechos;

b) que la determinación de la pena como su ejecución deben de respetar la integridad del ser humano, con lo cual quedan proscritos todos aquellos medios que en la construcción de la pena o en el modelo de ejecución de la misma, signifiquen una degradación o trato indigno o cruel para la persona; este aspecto es esencial en el cumplimiento de la ejecución de la pena, con lo cual se le da fundamento al principio de solidaridad en el ámbito de la ejecutivo de las sanciones penales.

(I) Prohibición de penas o tratos crueles, infamantes o degradantes. Conforme con el principio de dignidad humana todas aquellas penas que sean crueles o infamantes estas proscritas, así como los tratos crueles o degradantes. Se entiende que una pena es cruel cuando impone un sufrimiento que no tiene ninguna relación con el hecho cometido, o que aún teniéndola, impone la intensidad de un sufrimiento al ser humano, que afecta la esencia de uno o algunos de sus derechos fundamentales.

En tanto que la pena es infamante cuando esta dirigida a la imposición de una deshonra de la persona, afrentándola en sus cualidades personales que no están en relación al hecho cometido. Por trato degradante se ha entendido “el que puede crear en las víctimas sentimientos de temor, de angustia, y de inferioridad susceptible de humillarles, de envilecerles, y de quebrantar, en su

caso su resistencia física y moral”; mientras que tratos crueles son aquellos “tratos inhumanos incluye todos aquellos que producen intensos sufrimientos y daños corporales a veces de importancia”<sup>54</sup>.

En suma el ámbito de afectación que persiguen las penas crueles o infamantes, es el de destruir al ser humano, lo cual es completamente contrario al principio de dignidad humana. Las penas crueles o infamantes, constituyen una rémora de una forma de castigar asociado al máximo poder estatal y a la plenitud de la arbitrariedad, lo cual ha sido una realidad constatable en el devenir histórico de la pena. Actualmente la constatación de penas con estas características se manifiestan en los regímenes carcelarios y en las condiciones en las cuales se cumple las penas privativas de libertad.

(II) Prohibición de la pena de muerte. El aspecto fundamental en lo relativo a la pena de muerte –más allá de su pretendida legitimación preventiva– en relación a la dignidad humana, es si las personas que son parte integrante de una sociedad y del Estado, tienen la legitimación para formalizadamente matar a una persona.

La opinión sustentante acorde con el principio de dignidad humana, es que ni el orden social, ni el Estado como tal –en cuanto entelequia con fines meramente instrumentales– pueden privar de la vida a un ser humano, por muy horribles que sean los crímenes que éste haya cometido; el poder de matar de manera formalizada en manos de los ciudadanos o en los funcionarios del Estado, sólo representa la visión de un Estado absoluto, que tiene un poder ilimitado, por cuanto quien puede decidir sobre la vida de las personas, en tanto si viven o mueren, tiene poder para tomar cualquiera otra decisión para el orden social.

La visión de limitación de semejante poder arbitrario se refleja en los instrumentos internacionales de derechos humanos, en los cuales, la eliminación y reducción de la pena de muerte, es una constante, la pena de muerte es completamente contraria a la dignidad de las personas humanas, y lo es en una doble dimensión: lo es para quien muere, lo es para quien mata –la sociedad toda– que resulta pervertida en su esencia más preciada: el respeto por el hombre y por la vida humana<sup>55</sup>.

(III) Prohibición de penas perpetuas. Otro aspecto que es medular para el principio de dignidad humana, es la prohibición

---

54. BALAGUER SANTAMARIA Javier “Derechos humanos y privación de libertad en particular dignidad, derecho a la vida y prohibición de torturas” en “Cárcel y Derechos Humanos. Un enfoque relativo a la defensa de los derechos fundamentales de los reclusos”. J.M. Bosch, Editor. Barcelona, España. 1992 p 114.

55. Sobre el respeto a la vida humana y la abolición de la pena de muerte se decía: “¿Que derecho puede atribuírse a éstos para despedazar a sus semejantes? Por cierto no el que resulta de la soberanía y de las leyes. ¿son más que una suma de cortas porciones de libertad de cada uno, que representan la voluntad general como agregado de los particulares? ¿Quién es aquel que ha querido dejar a los otros hombres el arbitrio de hacerlo morir? Como puede decirse que en el más corto sacrificio de la libertad de cada particular se halla aquel de la vida, grandísimo entre todos los bienes? Y si fuere así hecho este sacrificio, ¿cómo se concuerda tal principio con el otro en que se afirma que el hombre no es dueño de matarse? Debía serlo si es que pudo dar a otro, o a la sociedad entera este dominio”. BECCARIA Cesare “De los Delitos y De las Penas...” op cit p 74.

de penas perpetuas, aunque siempre fue así, y ello se debe a la propia evolución del derecho penal<sup>56</sup>. En este ámbito no debe prevalecer el formalismo, pues penas perpetuas no sólo son aquellas, que a nivel formal se declaran como tales en la ley, sino también aquellas que materialmente puedan producir las mismas consecuencias. De ahí que, las penas perpetuas pueden ser ex profeso cuando el legiferante les da expresamente esa calidad, siendo aquella pena que tendrá que ser cumplida por el resto de la vida del reo, dicha pena la Sala Constitucional la ha definido como “una Sanción Penal por la que se condena a un delincuente a sufrir la privación de su libertad personal durante el resto de su vida”.

La pena perpetua entonces adquiere el significado de una sanción vitalicia consistente en el extrañamiento del condenado del resto de la sociedad a consecuencia de la comisión de un delito. Sin embargo, las penas de prisión perpetuas, pueden ser concebidas de manera más sutil, que son precisamente las denominadas formas implícitas de prisión perpetuas, en las cuales a pesar de que la norma penal no reconozca formalmente ese confinamiento de por vida, y por el contrario le da un parámetro temporal –solamente aparente– por cuanto los efectos materiales de la sanción penal, son los mismos, en atención a que generan un encarcelamiento del condenado de por vida<sup>57</sup>.

---

56. Aún en el pensamiento ilustrado, había una aceptación por la pena de prisión perpetua, en el sentido de ser menos desproporcional –sólo en apariencia– que otro tipo de penas o suplicios propios de aquella época por ejemplo se expresó por algunos de los paladines de la ilustración: “Si se me dijese que la esclavitud perpetua es tan dolorosa y, por tanto igualmente cruel que la muerte, responderé que sumando todos los movimientos infelices de la esclavitud lo será aún más, pero estos se reparten sobre todo en vida y aquella ejercita toda su fuerza en un momento; y en esto se halla la ventaja de la pena de esclavitud, que atemoriza más a quien la ve que a quien la sufre; por que el primero considera todo el complejo de momentos infelices, y el segundo esta distraído de la infelicidad del momento futuro con la del presente” BECCARIA Cesare “De los Delitos y De las Penas...” op cit p 77. También se expresó: “Hace ya mucho tiempo que se ha dicho que un hombre ahorcado no sirve para nada, y que los suplicios inventados para el bien de la sociedad deben ser útiles para ésta. Es evidente que veinte ladrones vigorosos, condenados a trabajar en obras públicas todo el curso de sus vidas, son útiles al Estado por sus suplicios, y que su muerte es únicamente útil para el verdugo que se paga para que mate hombres en público”. VOLTARE en “Comentarios sobre el libro “De los Delitos y de las Penas por un abogado de provincia” en BECCARIA Cesare “De los Delitos y De las Penas”. Traducción de Juan Antonio de las Casas. Editorial Alianza. Madrid. España. 1998 p 133. Sin embargo con acierto se ha dicho: “Beccaria al sostener que en vez de la pena de muerte debiera adoptarse la de reclusión por toda la vida, venía a ser propugnador de la pena más cruel, y renunciaba así a su principio de suavidad de las penas”. CALAMANDREI Piero. Prefacio y notas en BECCARIA Cesare “De los Delitos y De las Penas”. Traducción de Santiago Sentís Melendo y Marino Ayerra Redín. Ediciones Jurídicas Europa-América. Buenos Aires. Argentina. 1974 p 146.

57. En relación a el Principio de Dignidad humana y las penas perpetuas se ha dicho: “El por que de la prohibición de las penas perpetuas explícitas o implícitas, tienen un sentido en la Constitución, su decantamiento por el respeto a la dignidad humana y a la centralidad del hombre como fin del Estado, si ello es así, es obvio que la pena de prisión debe reflejar esa concepción humanista y lo hace en el art. 27 Cn cuando establece que la función de la pena de prisión será esencialmente la readaptación del condenado. Tal principio de rehabilitación de la persona condenada es transgredido flagrantemente cuando se dispone penas que generan materialmente un confinamiento de por vida del recluso, ello sin duda alguna destruye la función rehabilitadora que la pena pretende como forma de legitimación para restringir el derecho a la libertad. Esa función de resocialización que debe cumplir la prisión como consecuencia jurídica del delito y a la cual se opone la pena de prisión ha sido claramente reconocida por el Tribunal constitucional al decir: “De la sola comparación de este concepto con la función y caracterización de la pena privativa de libertad expuesta en líneas arriba, se desprende la lógica de la prohibición de la pena perpetua: tal pena no es compatible con la resocialización

Así estas formas discretas de insertar penas de prisión con una modalidad encubierta constituyen verdaderos fraudes a la Constitución, puesto que de una manera latente se viola el orden constitucional que para nuestro caso conjura las penas perpetuas, al prescribir el artículo 27 CN que “Se prohíbe la prisión por deudas, las penas perpetuas, las infamantes, las proscriptivas y toda especie de tormento”; con lo cual se contraviene el principio constitucional aludido que prohíbe las penas perpetuas y se lesiona en su núcleo esencial la dignidad de la persona humana y el derecho fundamental de la libertad, el cual no puede afectarse de manera esencial, lo cual significa el aniquilamiento de tal derecho, al generar como consecuencia material dicha norma el confinamiento de por vida de las personas aquí juzgadas en un centro de reclusión.

Por último debe indicarse que la prohibición de las penas perpetuas manifiestas o tácitas, tiene un sentido en la Constitución, su decantamiento por el respeto a la dignidad humana y a la centralidad del hombre como fin del Estado, si ello es así, es obvio que la pena de prisión debe reflejar esa concepción humanista y lo hace en el artículo 27 CN cuando establece que la función de la pena prisión será esencialmente la readaptación del condenado<sup>58</sup>. Tal principio de rehabilitación del convicto se ve transgredido flagrantemente cuando se disponen penas que generan materialmente un confinamiento de por vida del recluso, ello sin duda alguna destruye la función rehabilitadora que la pena pretende como forma

---

del delincuente; pues implica determinar un extrañamiento de la vida ordinaria de la sociedad por el resto de su vida”. De ahí que la finalidad de la pena de prisión en el esquema constitucional –teniendo como centro al hombre– es imperativo en cuanto a su observancia, las penas que el legislador fije tienen que tener una opción que siempre permita realizar una verdadera realidad de oportunidad readaptativa de la persona, si la pena por su duración ya no permite razonablemente estos efectos la misma, la misma es desproporcionalizada y como en este caso llegando a constituir una prisión vitalicia, pues esa es la consecuencia empírica que produciría en la realidad”. Tribunal Tercero de Sentencia de San Salvador. 08-09-02.

58. En lo relativo a La dignidad humana como límite a la pena se ha manifestado: “Desde esos principios que permean la toda la Constitución y demás leyes, es obvio para nosotros, que la pena no puede legitimarse en nuestra República, como un acto de pura retribución de mal por el mal causado por el delito –según el sentido de doctrinas puramente idealistas– ni puede constituir un acto de venganza asumida por el Estado y sus gobernados, que trata de infligir la mayor cantidad de daños a la persona del condenado, ni puede ser un mero instrumento, que pretenda intimidar a los demás, al imponerse severas y despiadadamente sobre la persona que la habrá de padecer, instrumentalizándola de manera irrazonada, ni puede pretender la pena, aislar, castigar, o segregar a la persona humana, separándola, de la sociedad por considerar a la persona un delincuente con características especiales, al que deben infligirse más castigo (...) Para entender cual es la función de la pena en el Estado Constitucional, debemos previo delimitar la visión que el tribunal tiene de la pena. La pena es la privación de uno o más derechos fundamentales de la persona encontrada culpable, por un delito, que se impone de conformidad con el orden jurídico y por autoridad judicial competente. Esta restricción impuesta por el imperio del Estado puede afectar la libertad, el honor, y los bienes de la persona condenada. Ahora bien, en el Estado constitucional –que no es el Estado de la arbitrariedad o de los excesos del poder o de poderes solutos– la pena de cómo privación de derechos, debe ser necesariamente proporcional en todos sus ámbitos, cuestión que atiende precisamente a la humanidad y dignidad de las personas, no debe olvidarse que la pena está dirigida y será impuesta sobre un ser humano, que aunque haya sido declarado delincuente, no pierde la dignidad que le corresponde como persona, de ahí que la pena debe ser proporcional e impregnada de humanismo para no degradar al hombre y para darle oportunidades de readaptación (...) Sin embargo la pena privativa de libertad no significa la pérdida absoluta de la libertad ambulatoria de la persona, ésta se mantiene relativizada al confinamiento del centro penal, más allá, no es legítimo intervenir en la libertad de la persona, puesto que ello constituye una carga excesiva que afecta ya la esencia de la dignidad de la persona, al anticipar un trato cruel e inhumano, puesto que trastoca la esencia de la libertad”. Tribunal Tercero de Sentencia de San Salvador. 12-06-03.

de legitimación para restringir el derecho a la libertad.

Esa función de resocialización que debe de cumplir la prisión como consecuencia jurídica del delito y a la cual se opone la pena de prisión ha sido claramente reconocida por el Tribunal Constitucional al decir que: “De la sola comparación de este concepto con la función y caracterización de la pena privativa de libertad expuesta en líneas arriba, se desprende la lógica de la prohibición de la pena perpetua: tal pena no es compatible con la resocialización del delincuente; pues implica determinar un extrañamiento de la vida ordinaria de la sociedad por el resto de su vida”.

### 1.3 EL PRINCIPIO DE LESIVIDAD.

A. Significación del principio. La determinación del principio de lesividad del bien jurídico, es otra limitación a la potestad del ius puniendi estatal<sup>59</sup>, dicho brocardo, también es conocido como principio de objetividad o lesividad material, y es un enunciado del derecho penal nuclear<sup>60</sup>, que tiene su raigambre más clásico, en la separación que debe mediar entre derecho penal y moral, expresándose bajo el apotegma latino *nullum crimen nulla poena sine iniuria*, a partir del cual, se reconocen por lo menos dos garantías fundamentales:

(1) En cuanto a la primera de ellas, esta sustentada en la exigencia que, la construcción de conductas delictivas, es legítima siempre que el tipo penal, este sustentado sobre la tutela de bienes jurídicos relevantes para el derecho penal<sup>61</sup> con lo cual se indica, que la tipificación de conductas, que no resguarden bienes jurídicos, afectan la dimensión del principio de lesividad, el cual está estrechamente vinculado, a los principios de fragmentariedad y subsidiariedad del derecho penal, que lo circunscriben a la última forma de intervención<sup>62</sup>.

De ahí que, no todos los bienes jurídicos deben ser protegido por el derecho penal, y aún cuando el interés jurídico de protección sea valioso, éste no puede ser tutelado de todas las formas de

---

59. La enunciación del principio de lesividad como límite se reconoce en materia de constitucionalidad: “En conexión con lo expuesto, es viable afirmar que el establecimiento normativo de la desviación punible no es totalmente libre en sede legislativa; es decir, la determinación de las conductas sobre las cuales aplicar una sanción, no queda librada a la plena discreción de su configurador normativo, sino que debe obedecer a los lineamientos impuestos por la Constitución: uno de ellos es el principio de lesividad, según el cual la tipificación de una conducta como delictiva debe obedecer a una prohibición de realizar conductas que, según las consideraciones del legislador, sean dañosas, es decir, que lesionen o pongan en peligro bienes jurídicos fundamentales”. Sentencia de Inconstitucionalidad de la Ley Anti Maras p 156.

60. NESTLER Cornelius “El principio de Protección de bienes jurídicos y la punibilidad de la posesión de armas de fuego y de sustancias estupefacientes”. Traducción de Guillermo Benloch Petit en “La Insostenible Situación del Derecho Penal”. Editorial Comares. Granada. España. 1999 p 64.

61. CADAVID QUINTERO Alfonso “Introducción a la Teoría del Delito”. Especial consideración a los fundamentos de los delitos imprudentes. Dike. Medellín. Colombia 1998 p 42.

62. KAYBER Marjón “Sobre el potencial incriminador de los principios limitadores del derecho penal Competencias penales en la cuestión del aborto”. Traducción de Rampn Ragués I. Vallés en “La Insostenible Situación del Derecho Penal”. Editorial Comares. Granada. España. 1999 p 150.

ataque, sino únicamente de aquellas que por su forma más intensa, representen ataques intolerables respecto de la protección de los bienes jurídicos. En suma un tipo penal, sin el sustrato del bien jurídico, es ilegítimo desde el orden constitucional; el derecho penal democrático debe respetar el principio de lesividad.

(2) La restante dimensión del principio de lesividad, está orientada ya al aspecto de punición, y desde este ámbito, la mera infracción normativa no supone ya la concurrencia de un injusto penal, de ahí que, no es viable imponer penas o medidas de seguridad, cuando la conducta transgresora de una norma jurídico penal ni siquiera ha puesto en riesgo al objeto de protección. Es por ello que el principio de lesividad no sólo se colma con el desvalor de acción, sino que se requiere también la concurrencia del desvalor de resultado por lo menos en grado de peligro.

Es por ello que, en un derecho penal democrático, la mera infidelidad normativa no puede ser el fundamento de la punición, aunque ello signifique un desvalor ético de la conducta, éste –ciertamente– es importante, pero está complementado por la vigencia de la lesividad de los bienes jurídicos; claro ejemplo de ello, es la no punibilidad del denominado delito imposible.

En tal sentido la exigencia de lesión o puesta en peligro de un bien jurídico, esta vinculada a la noción de antijuridicidad material, que implica que el hecho es antijurídico no sólo por que sea contrario a un precepto penal, sino por que además también lo pone en peligro; si ni siquiera existe ese riesgo, no concurre un ilícito jurídico penal. De ahí que el derecho penal, orientado democráticamente, tienda a la protección de bienes jurídicos y no a la tutela de funciones<sup>63</sup>, y que como se ha puesto de manifiesto que la centralidad del bien jurídico y del principio de lesividad es fundamental para sostener una sistemática del derecho penal dentro de los cánones de un verdadero –y material– Estado constitucional de Derecho<sup>64</sup>.

B. Rango Constitucional. El fundamento Constitucional del principio de lesividad es posible desentrañarlo a partir del artículo 2 Cn, que garantiza protección a determinados bienes vitales –vida,

---

63. Señalando esos aspectos MOCCIA Sergio "De la tutela de bienes a la tutela de funciones". Entre ilusiones postmodernas y reflujos liberales. Traducción de Rampn Ragués I. Vallés en "Política Criminal y Nuevo Derecho Penal". Homenaje a Claus Roxin. J.M. Bosch Editor. Barcelona. España. 1997 p 118 a 119.

64. En tal sentido –y con la pulcritud académica y humanismo que le caracteriza– Chirino ha dicho: "Este interés nuestro por el problema del bien jurídico tiene, además un doble punto de partida. Por una parte, sentimos la necesidad de hacer un aporte a la fundamentación dogmática del principio de lesividad, el cual, tiene, desde nuestro punto de vista, un importante papel en la discusión actual, y que forma parte de las tendencias legislativas en nuestro país. De otra parte hemos observado que la teoría del bien jurídico puede ser el núcleo álgido de una consideración democrática y republicana del problema penal, tanto desde la teoría de la legitimación del ius puniendi, de la teoría de la pena, y de la teoría de la antijuridicidad, de la culpabilidad, así como también como desde el punto de vista de la discusión sobre los problemas de los fines del derecho penal, al ser el bien jurídico el punto de encuentro, en el cual convergen, de siempre, los más disímiles enfoques sobre el quehacer punitivo del Estado". CHIRINO SÁNCHEZ Alfredo "Perspectivas para una Teoría del Bien Jurídico en el momento actual". Un aporte a la discusión de la reforma penal en Costa Rica" en "Democracia, Justicia y Dignidad Humana. Homenaje a Walter Antillon Montealegre. Juan Marcos Rivero Sánchez, Javier Llobet Rodríguez. Compiladores. Editorial Jurídica Continental. San José. Costa Rica. 2004 pp 36 a 37.



integridad física, integridad moral, libertad, seguridad, trabajo, propiedad y posesión, honor, intimidad personal y familiar– que no forma un catálogo cerrado, sino sólo enunciativo, el cual fue abordado en un primer momento por el tribunal constitucional de manera tutelar, sin vincularlo inicialmente al principio de lesividad, pero apuntando hacia esa garantía<sup>65</sup>; actualmente el principio de lesividad como principio con jerarquía constitucional se ha derivado del artículo 2 de la Constitución<sup>66</sup>.

Pues bien, respecto de esos bienes vitales –y de otros– se erige una doble función de tutela, una respecto de los personas, en cuanto a las ofensas que hagan a dichos bienes jurídicos, mediante la conminación de normas penales, que elevan esos intereses a la categoría de bienes jurídico-penales; y otra respecto de las instituciones de poder del Estado, que también quedan obligadas a respetar y preservar esos derechos<sup>67</sup>, lo cual se hace mediante la confección de normas penales, que no sean irrazonables ni excesivas, de ahí

---

65. Respecto de la visión de la Tutela de derechos fundamentales se ha dicho: "En relación con el inciso primero del art. 2 Cn. ya esta Sala manifestó en la Sentencia de 24-V-1999, dictada en el proceso de Amp. 40-98 lo siguiente: "Nuestra Constitución acertadamente, desde su artículo 2 establece –haciendo una referencia textual– una serie de derechos –individuales si se quiere– consagrados a favor de la persona, es decir, reconoce un catálogo de derechos abiertos y no cerrados como fundamentales para la existencia humana e integrante de la esfera jurídica de las personas. Ahora bien, para que tales derechos dejen de ser un simple reconocimiento abstracto y se reduzcan a lo más esencial y seguro, esto es, se aniden en zonas concretas, es también imperioso el reconocimiento a nivel supremo de un derecho que posibilite su realización efectiva y pronta. En virtud de ello nuestro constituyente dejó plasmado en el art. 2 inciso primero el derecho a la protección jurisdiccional y no jurisdiccional de las categorías jurídicas subjetivas instauradas a favor de todo ciudadano, es decir, en términos globales, un derecho de protección en la conservación y defensa del catálogo de derechos descritos en el párrafo anterior. De ambas vertientes, lo que en esta decisión se analizará seguidamente es el derecho de protección jurisdiccional. Tal derecho interpreta esta Sala se ha instaurado con la simple pero esencial finalidad de darle vida a todas las categorías jurídicas subjetivas integrantes de la esfera jurídica del individuo, al poder validamente reclamar frente a actos de particulares y estatales que atenten contra la conservación, mantenimiento, defensa y titularidad de tales categorías. Sala de lo Constitucional. IS002497.00 ac. 21-98.

66. Sobre tal derivación la Sala ha expresado: "Sobre el fundamento constitucional de dicho principio, es necesario tener en cuenta la jurisprudencia de este tribunal sustentada en Sentencia de 25-V-1999 pronunciada en proceso de Amp. 167-97 en el sentido que la Constitución salvadoreña desde su artículo 2 positiva un catálogo de derechos que son fundamentales para la existencia humana e integrantes de la esfera jurídica de las personas. Para que tales derechos dejen de ser un simple reconocimiento abstracto y se especifiquen en zonas concretas, es también imperioso el reconocimiento de un derecho que posibilite su realización efectiva y pronta. En virtud de ello, el constituyente dejó plasmado en el artículo 2 Inc. 1° Cn el derecho a la protección, lo cual se traduce en el establecimiento de acciones o mecanismos para evitar que los derechos constitucionales sean violados. Es decir, corresponde al Estado un deber de protección, con la finalidad de reducir al mínimo posible las conductas dañosas o que pongan en peligro tales bienes jurídicos. Sin embargo, tal afirmación no significa la imposibilidad de un sector del derecho penal cuantitativamente más amplio, tenga por objeto bienes jurídicos instrumentales, es decir bienes jurídicos que sirvan de instrumento o medio para salvaguardar los llamados fundamentales", Sentencia de Inconstitucionalidad de la Ley Antimaras p 156 a 157.

67. En lo relativo a la tutela de derechos respecto de la actividad del estado, desde una perspectiva internacional se ha expresado: Fundamento (25) No es el propósito de la Corte hacer un desarrollo teórico sobre la relación entre derechos y garantías. Basta señalar que debe entenderse por garantía en el sentido en que el término está utilizado por el artículo 27. 2. Las garantías sirven para proteger, asegurar, o hacer valer la titularidad o el ejercicio de un derecho. Como los Estados Partes tienen la obligación de reconocer y respetar los derechos y libertades de la persona, también tienen la de proteger y asegurar su ejercicio a través de las respectivas garantías (art. 1.1) vale decir de los medios idóneos para que los derechos y libertades sean efectivos en toda circunstancia. Fundamento (26) El concepto de derechos y libertades y, por ende, el de sus garantías, es también inseparable del sistema de valores y principios que lo inspira. En una sociedad democrática los derechos y libertades inherentes a la persona, sus garantías y el Estado de Derecho constituyen una triada, cada uno de cuyos componentes se define completa y adquiere sentido en función de los otros. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva. OC/87 del 30 de Enero de 1987. (SER. A) (1987).



que las restricciones que se formulen como tipos penales, deben estar dirigidas también a la conservación y defensa de los derechos fundamentales, ahí donde haya exceso, se vulnera la garantía de lesividad por parte del Estado<sup>68</sup>.

C. Caracteriología del bien jurídico. Ahora bien, antes de continuar con los aspectos esenciales del principio de lesividad, es menester por los menos aproximar algunas cuestiones relevantes sobre el bien jurídico, por cuanto éste el fundamento material del principio de lesividad. Conviene indicar primero alguna aproximación al concepto de bien jurídico teniendo en cuenta que tal tarea ha sido ingente en la sistemática penal y dependiente de la visión que se adopte respecto de la función que debe desempeñar el denominado objeto de protección.

Por bien jurídico, se ha entendido “todas la 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 merecedor de la máxima protección jurídica representada por la conminación penal de determinados comportamientos descritos en los tipos legales<sup>69</sup>.

Desde una perspectiva material el bien jurídico es comprendido como “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” a partir de lo cual se ha afirmado que el bien jurídico tiene un doble carácter sintético, como síntesis normativa y como síntesis social<sup>70</sup>.

Conviene ahora que se señalen algunas de las propiedades que se asignan en la generalidad a la noción de bien jurídico<sup>71</sup>:

a) carácter substancial. La significación del carácter de objetividad del bien jurídico enuncia –desde nuestra perspectiva – que el bien jurídico no es creación del derecho, es decir que tiene una connotación meta-legal –según la antigua y democrática visión

---

68. Respecto de la ponderación entre tutela de bienes jurídicos y tutela de derechos fundamentales, en relación con el principio de defensa de bienes jurídicos desde la visión constitucional se ha considerado: “Del modo expuesto, el Derecho penal desarrolla su finalidad última a través de la tutela de los presupuestos imprescindibles para la existencia común, que se concreta en los bienes jurídicos. Dicho concepto condiciona al derecho a la protección, en cuanto esto haga posible la tutela de los derechos de los individuos, máxime en el marco de un Estado Constitucional de Derecho, que adopta la dignidad, libertad, e igualdad de la persona y los derechos que de tales valores se deriven, como fundamento de la convivencia nacional y fines hacia los cuales el Estado debe orientar su actuación, tal como lo dispone la Constitución, en el preámbulo, art. 1 inc. 1 y 2 inc 1. Y es que, si las consecuencias jurídicas del delito –pena y responsabilidad patrimonial – afectan los bienes dotados de relevancia constitucionales, parece claro que su privación sólo se puede efectuar si la causa que la determina es la defensa de un bien de al menos análoga significación constitucional”. Sentencia de Inconstitucionalidad de la Ley Anti Maras p159.

69. En tal sentido POLAINO NAVARRETE Miguel “El Injusto Típico en la Teoría del Delito”. Editorial MAVE. Corrientes. Argentina. 2000 p 488.

70. HORMAZABAL MALAREE Hernán “Bien Jurídico y Estado Social y Democrático de Derecho. El objeto protegido por la norma penal. PPU. Barcelona. España. 1991 p 152.

71. Sobre las características del bien jurídico de manera amplia POLAINO NAVARRETE Miguel, op cit pp 496 a 523.

liszcziana- con lo cual se indica que ni el legislador ni el derecho crea los bienes jurídicos, y que por la mismo la noción de bien jurídico no puede estar divorciada de la realidad.

Precisamente esta caracterización no autopoiética del bien jurídico es lo que le confiere una legitimidad como principio limitador de las potestades estatales en la creación del delito, por cuanto obliga al legislador a crear incriminaciones que atenten contra hechos relevantes que están en la realidad social, y que por el merecimiento, necesidad e idoneidad para ser protegidos son dignos de ser elevados a la categoría de bienes jurídicos.

b) Carácter normativo. No obstante su objetividad, el bien jurídico cuando es elevado a la categoría de bien jurídico-penal, presenta una cualidad valorativa, y es que necesariamente toda vinculación al orden jurídico debe entrañar una connotación axiológica de la cual tampoco escapa el bien jurídico -y la cual debe reconocerse- sin que por ello pierda su aspecto empirista; como bien jurídico penal la esencia del mismo, se cimienta en la capacidad valorativa de lo que se protege, es decir en su contenido de deber ser.

c) Carácter dinámico. La cualidad de relatividad del bien jurídico, permite descubrir su vocación democrática, por cuanto no significan unas relaciones inmutables, de ahí que la variabilidad sea una característica fundamental de los bienes jurídicos, pero este aspecto debe de estimarse desde una amplitud histórico-social, en el desarrollo de la existencia del ser humano en un contexto y época determinada, las mutaciones que vayan sufriendo los aspectos de tutela de los bienes jurídicos estarán influenciados por las modificaciones del orden social. Sin embargo debe predicarse un mínimo de inmutabilidad en cuanto a la relación del bien jurídico con la persona humana, el bien jurídico mantiene esa esencia de ser un medio para la realización de las personas con respeto a su dignidad.

d) Poliforme. Dicha cualidad del bien jurídico atañe a su ámbito de tutela, que puede estar dispensada para intereses personales, pero así mismo puede alcanzar la protección de bienes supra-individuales, en todo caso una concepción legitimadora del bien jurídico se sustentara ulteriormente siempre en el interés humano, por cuanto el Estado como tal es sólo una forma instrumental que no tiene intereses propios, sino que siempre de manera más mediata o inmediata están al servicio del ser humano.

D. Funciones del Bien Jurídico. Ahora corresponde formular algunas disgregaciones respecto de las funciones que se le señalan al bien jurídico<sup>72</sup>, las cuales a continuación se apostillan:

(a) Función Valorativa. Lo anterior es innegable de sostener,

---

72. Respecto de las funciones signadas al bien jurídico dentro de la sistemática penal se ensancha POLAINO NAVARRETE Miguel, op cit p 525 ss.

por cuanto el derecho penal como parte del orden jurídico, mantiene su carácter axiológico, correspondiendo como fin del derecho penal, la protección de los intereses fundamentales para mantener el equilibrio en la convivencia social, de ahí que el bien jurídico como parte esencial de la norma jurídico penal, legitima su construcción al menos en los siguientes aspectos: (I) sirve como criterio de precisión para delimitar y diferenciar las distintas áreas del saber humano en relación al saber jurídico; (II) permite formarse un juicio crítico respecto de los objetos a los cuales se les dispensara merecimiento de tutela penal; (III) permite la determinación de la finalidad de las normas jurídicos penales en cuanto formas de protección, con lo cual cumple una importante misión en el ámbito de la interpretación de los tipos penales.

(b) Función sistemática. A la anterior función valorativa del bien jurídico debe asimilársele en igual grado de importancia la función sistemática que desarrolla en el ámbito del derecho penal, cuanto más si se entiende que la dogmática penal, se justifica entre otros parámetros por su nivel de racionalidad. De ahí que el bien jurídico de manera metódica genera una función ordenadora de la sistemática penal, desde el ámbito de la tipicidad hasta la culpabilidad, desde la creación del merecimiento en abstracto de la conducta, hasta la determinación del merecimiento en concreto.

(c) Función Hermenéutica. Cometido fundamental del bien jurídico es la de constituir un mecanismo de exégesis en cuanto al alcance de las normas penales, pero no se trata de una función meramente interpretativa de las normas penales en el sentido de ser un mecanismo usual para poder desentrañar la ratio legis, sino que al contrario la función de interpretación que se corresponde con el bien jurídico, es atinente a su correspondencia como principio rector. Se parte de una función interpretativa de índole incluso político criminal, que pueda orientar la función que corresponde a cada tipología penal; esta actividad no esta reñida con la progresividad, en cuanto a la interpretación, por cuanto el bien jurídico tampoco esta escindido de manera completa de la finalidad de la norma penal, sin que corresponda asimilar ambas entidades.

En cuanto a la función de interpretación que venimos tratando es conveniente agregar que al constituir el bien jurídico, el sustrato de los tipos penales, en el sentido de ¿cuál es la razón de tutela de ciertos intereses vitales?, da la pauta, para que el objeto de protección, se erija en un instrumento de interpretación, orientado teleológicamente, con lo cual se rebasa el estudio meramente formal –como ya lo expresamos– de la norma penal, quedando incluida en la valoración de la misma, el aspecto lesivo, el cual constituye un elemento esencial en la formación del injusto penal, cuando es ponderado de manera proporcional, haciendo compatible el aspecto subjetivo con el objetivo.

Por último, una cuestión más –que aunque es de perogrullo– es menester hacer su precisión, y ello radica en la necesaria distinción, que debe mediar entre injusto y culpabilidad, por cuanto la afirmación de un hecho sea típico y además antijurídico, todavía no es fundamento de la pena, por cuanto además, debe predicarse la culpabilidad del injusto jurídico-penal<sup>73</sup>.

E. El principio de Lesividad. El reconocimiento del principio de lesividad de los bienes jurídicos en los sistemas penales, representa en la actualidad, la caracterización de un derecho penal que se construye esencialmente sobre parámetros democráticos en cuanto al ejercicio del poder y en este caso del poder penal<sup>74</sup>. De ahí que se sostenga como aspecto esencial y legitimador del poder penal la necesidad de lesión o puesta en peligro de los bienes jurídicos<sup>75</sup>, con lo cual de previo, se exige que todo delito como construcción normativa tenga a la base un bien jurídico merecido de tutela<sup>76</sup>, es precisamente la exigencia de lesión o puesta en peligro del interés jurídico lo que da base a la antiquísima formulación del “*nullum crimen sine injuria*”, con el cual se caracterizó la necesidad de ofensa en cuanto a la conducta delictiva, en su incriminación y en su realización; de ahí que, a partir del principio de lesividad de los bienes jurídicos, toda conducta para que sea delictiva, debe ofender no sólo la norma jurídica en cuanto transgresión normativa, sino que lesionar o poner en peligro el bien jurídico objeto de protección de la norma penal<sup>77</sup>.

De acuerdo con lo anterior, en relación al delito, el bien

---

73. SCHÜNNEMANN Bernd “La Función de la delimitación de injusto y culpabilidad”. Traducción de Carlos J. Suárez González en “Fundamentos de un sistema Europeo de Derecho Penal”. Homenaje a Claus Roxin. J. M. Bosch Editor. Barcelona. España, 1995 pp 217 a 218.

74. Señalando la importancia del bien jurídico como principio material: “El punto de partida para la formulación de un contenido material en la definición de delito, ha de constituirlo la función que desempeña el derecho penal: positivizar la vida en comunidad mediante la tutela de bienes jurídicos. Si se da por sentado este punto de partida, la determinación de un concepto constitucional de delito debe precisar los criterios por los que se llegue a establecer, en la concurrencia de un comportamiento la gravedad suficiente para que éste justifique su calificación como hecho delictivo. Uno de tales criterios consiste en la relevancia del bien jurídico protegido, es decir el factor determinante de la intervención del derecho penal es la importancia del bien jurídico tutelado y la relevancia del modo de ataque. Sentencia de Inconstitucionalidad de la Ley Anti Maras p159

75. Se ha manifestado respecto de la Necesidad de lesión del bien jurídico. “En tal sentido, no existe lesión alguna al bien jurídico tutelado por la figura penal discutida, el cual como se dijo antes, consiste en la seguridad y credibilidad que de la naturaleza del cheque se tiene en el tráfico económico y comercial, y no en el derecho de crédito como erróneamente lo afirma el Juez aquí en su sentencia. En ese orden de ideas, con fundamento en los principios de lesividad del bien jurídico y de responsabilidad regulados en los Arts. 3 y 4 Pn., es improcedente atribuir responsabilidad penal al señor Hernández Paniagua, considerando únicamente el resultado material al que está unido causal o normativamente su conducta, siendo necesario apreciar además la dirección de su voluntad, la cual como se dijo en la sentencia de mérito, tuvo por finalidad garantizar una obligación que se desconoce si nació, en tal sentido su conducta resulta atípica, por no existir correspondencia entre los elementos objetivos del tipo y el elemento subjetivo denominado dolo, requisito necesario para completar su tipicidad. Sentencia de la Sala de lo Penal, de las quince horas del día veintisiete de junio del dos mil uno.

76. Así FERNÁNDEZ Gonzalo D. “Bien Jurídico y Sistema de Delito” en “Teorías Actuales en el Derecho Penal”. 1° edición. AD-HOC. Buenos Aires. Argentina. 1998 p 407.

77. En lo atinente a la Antijuridicidad como presupuesto de la culpabilidad. De ese modo es necesario determinar que la culpabilidad puede ser antecedente de la lo que es la responsabilidad y en sentido negativo vendría a ser lo opuesto a lo que es la inocencia. Para existir culpabilidad debe haber una anticipada imputación probada de un hecho antijurídico concreto, lo que conlleva a obtener un juicio reprochable por parte del juzgador. Sala de lo Constitucional. HS004T95.96.

jurídico presupone, en el ámbito del contenido material del ilícito, una afectación del bien jurídico objeto de tutela en la prescripción típica, dicha dañosidad, puede estar fundamentada ora en una lesión ora en una puesta en riesgo para el objeto de protección. De ahí que esa vulneración, constituye un aspecto sustancial del ilícito en cuanto a su configuración típica<sup>78</sup>. En atención a lo anterior, no es posible considerar la estructuración de tipos penales, que a su base no tengan bienes jurídicos que puedan ser infringidos, es decir no se concibe la tipificación de un delito, sin un bien jurídico, de ahí la doble importancia del principio de lesividad por una parte exige a los ámbitos definitorios del poder penal, la creación del delito que a su base debe tener un bien jurídico; y no permite imputar como transgresión típica, aquella conducta que ni siquiera a puesto en peligro un bien jurídico.

F. Fundamentación del principio de lesividad. La necesidad del principio de lesividad es imperante, ante los abusos reales que el poder penal puede ocasionar, al desarrollar sus políticas de intervención, respecto de los conflictos sociales que se desarrollan en el tejido social, de ahí que, mediante el principio también denominado de objetividad se pretende encauzar el poder penal hacia la solución exclusiva de la conflictividad social que genere unas consecuencias de dañosidad también social, con lo cual, se tiende a neutralizar las distorsiones de la política penal, para hacerla derivar en aspectos meramente moralizantes<sup>79</sup> o instrumentales

---

78. Con respecto al principio de lesividad en relación al bien jurídico se expresó por el máximo tribunal en materia penal: "Asimismo esta Sala advierte que el cheque es un título valor que hace nacer derechos de cumplimiento de obligaciones para los acreedores, donde aparece siempre el riesgo de que los deudores no cumplan con la prestación debida. Sin embargo el Derecho Penal no puede forzar el cumplimiento de obligaciones, tampoco la ley penal no puede imponer costumbres o consolidar determinadas formas de negocio, ni mucho menos moralizar ni ser medio coercitivo para institucionalizar el chantaje. El derecho penal en la protección del orden socio-económico, como bien jurídico supraindividual, articula instrumentos como el principio de lesividad regulado en nuestro Código Penal en el Art. 3. De ahí que deba justificarse la intervención punitiva del Estado, sólo en aquellos casos donde se traspasa los límites de la libertad contractual y del poder de disposición, sustrayéndose dolosamente -Art. 4 CP- del cumplimiento de las obligaciones o vulnerando el derecho de crédito con prácticas -se reitera- que se infiera el conocimiento y voluntad de querer sustraer dentro de un contexto determinado, donde los remedios del derecho civil o mercantil ya no son suficientes (...) La interpretación del tipo penal naturalmente como norma jurídica se dinamiza con la realidad, donde se desenvuelven las conductas humanas, factor determinante para establecer si una conducta está o no conforme con el tipo penal. Sentencia de la Sala de lo Penal, de las nueve horas del día catorce de mayo de dos mil tres (128-01).

79. Uno de los aspectos más fundamentales del pensamiento ilustrado fue trazar una clara separación entre moral, religión y derecho penal, clara manifestación de ello es lo que se prescribe en el artículo 5 de La Declaración Francesa de los Derechos del Hombre y del Ciudadano que dice en su texto literal: "La loi n'a le droit de défendre que les actions nuisibles à la société. Tout ce qui n'est pas défendu par la loi ne peut être empêché et nul ne peut être contraint à faire ce qu'elle n'ordonne pas" o "La ley no tiene derecho de prohibir sino las acciones nocivas a la sociedad. Lo que no esta prohibido por la ley no puede ser impedido, y nadie puede ser obligado a hacer lo que la ley no ordena". DORANTES TAMAYO Luis Alfonso "Filosofía del Derecho". Segunda edición. Oxford University Press. México D. F. 2000 p 268. Inclusive en el proyecto de la Declaración Francesa de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, la redacción de Thoret decía: "Los delitos que no perjudiquen más que al culpable y no perturben directamente el orden de la sociedad no deben ser objeto de las Leyes penales". Así FAURE Cristine (editora) "Las Declaraciones de los Derechos del Hombre de 1789. Fondo de Cultura Económico. México D.F. 1996 p 222.

respecto de otro tipo de políticas públicas<sup>80</sup>, que pretendan impulsarse pero que no están asociadas a la defensa de bienes jurídicos, de ahí que si la moral estrictu sensu no es parámetro de punibilidad, las conductas auto-referentes, por las cuales una persona se causa un perjuicio así mismo, sin dañar a terceros, no es objeto del derecho penal, por cuanto desde el principio de lesividad, no se ofenden bienes jurídicos de terceros, con la conducta realizada<sup>81</sup>.

De ahí que, un primer rendimiento del principio de lesividad, es limitar las actividades del Estado, en cuanto intervención punitiva en materia de derechos y libertades fundamentales, para alcanzar fines meramente instrumentales del ente estatal, con lo cual quedan proscritos los fines autónomos del estado para la utilización del poder punitivo. Es por ello que la alusión a finalidades de preservar el orden público, la seguridad pública, la paz social, la tranquilidad pública, no resultan legítimas si se hacen por fuera de la persona humana.

Al final, los conflictos que se suscitan en el seno del tejido social tienen la cualidad de ser conflictos personales, es decir representan en un más o en un menos, una afectación a un interés humano, ello significa que, los conflictos que se desarrollan en el orden social, se caracterizan por ser conflictos inter-personales, sin distinción a que se trata de dos personas, de un grupo de personas o de una colectividad de personas; en virtud de ello, y si el conflicto es una realidad preexistente al orden penal, el Estado sólo puede intervenir cuando el daño que se cause, tenga una relevancia tal,

---

80. Respecto de la prohibición de penalización de conductas meramente inmorales y la afectación al principio de lesividad, se dijo: "El mandato que para el Estado deriva del art. 2 inc. 1 Cn exige su intervención para que los derechos materiales del individuo sean reales y efectivos; si proyectamos dicho precepto sobre el derecho penal, se concluye que el Estado está obligado a evitar la comisión de delitos, es decir la transgresión o puesta en peligro efectivo de bienes jurídicos fundamentales e instrumentales. En un primer término, es necesario acotar que la primera limitación de la esfera de las prohibiciones penales, es que estas se refieran sólo a las acciones reprobables por sus efectos lesivos para terceros. La ley penal tiene el deber de prevenir los costes individuales o sociales representados por esos efectos lesivos y sólo ellos pueden justificar el coste de las penas y prohibiciones. El principio de lesividad veta, a su vez, la prohibición y penalización de comportamientos meramente inmorales o estado de ánimo o, incluso apariencias peligrosas. Y establece en general la tolerancia jurídico-legislativa de toda actitud o comportamiento no lesivo para terceros. Sentencia de Inconstitucionalidad de la Ley Anti Maras p 159 a 160.

81. En lo relacionado al principio de lesividad con relación a las conductas autoreferentes, se ha expresado: "El no rebasar las cantidades que por su natural insignificancia no sean calificadas como presumiblemente comerciables, esta conducta no tiene importancia desde la perspectiva penal, es decir, es atípica para los efectos del derecho penal; la connotación moral o de otra índole, que puede predicarse de estas conductas son ajenas al derecho penal, que –como sabemos– es un instrumento de última ratio y no conductas inmorales per se, sino lesiones a bienes jurídicos, por ello es que el consumo de droga como conducta autoreferente, que puede causar perjuicio a quien se suministra la droga, es ajena al derecho penal, con lo que se indica que no este es el mecanismo idóneo para intervenir en estas acciones dañinas al propio sujeto, de sostenerse otra posición, el Estado estaría legitimado para penar: el suicidio, el fumar, las autolesiones, el comer en demasia, todas esas actividades también causan severos daños a la salud etcétera; con estos ejemplos bastantes radicales, ponemos en claro que los perjuicios que un mismo sujeto se cause por su propia decisión no son punibles en el ámbito del derecho penal y la protección de estos bienes no corresponde asumirla al derecho penal, sino a otras formas del control social. Con ello se quiere dejar en claro que este tipo de tenencias de drogas destinadas para el consumo, moralmente probables, lo son precisamente en esa dimensión moral o aún ética, y deben ser prevenidas en esos ámbitos por todos los medios razonables para ello, pero en esos ámbitos no puede concurrir el derecho penal, como mecanismo de sanción altamente coercitivo y violento, por que respecto de esa conducta del adicto o del que quiere consumir droga el derecho penal no puede actuar como instrumento estatal moralizador". Tribunal Tercero de Sentencia de San Salvador. 22-11-02.

que genere una disfunción problemática entre los miembros de la comunidad.

G. Fundamentos limitativos del principio de lesividad. Los fundamentos de limitación que se derivan del principio de lesividad, están estrechamente vinculados con la creación de las conductas punibles, en cuanto a la forma en que se determina el merecimiento de una conducta para ser elevada a la categoría de bien jurídico-penal, mediante la estructuración de una zona de prohibición para los gobernados, la cual será configurativa del tipo penal, en tal sentido se han señalado como criterios rectores<sup>82</sup>:

(a) Que la decisión de prohibir ciertas conductas bajo la articulación de un tipo penal, únicamente resulta justificado cuando, el ámbito de prohibición se encuentra dirigido a impedir ataques concretos mediante los cuales se puede injuriar o poner en riesgo bienes jurídicos esenciales;

(b) Que la elección de una conducta como relevante para la construcción del tipo penal, solo resulta legítima, si el valor del interés jurídico a ser protegido es de mayor entidad que el de los derechos fundamentales que serán objeto de restricción. De no ser así, el derecho penal no debe intervenir y la tutela debe ser dispensada por otra área del derecho de menor intensidad en las consecuencias que se provocan.

(c) Cuando se configura el tipo penal, el cual asociará a la prohibición la consecuencia de la sanción, debe colmarse no sólo el ámbito del merecimiento y necesidad de protección, sino que también es determinante que el bien jurídico, en las consecuencias, pueda ser idóneamente tutelado por el derecho penal, es decir que los efectos que provoque la protección penal, no sean más nocivos de los que se quiere evitar;

(d) La creación de incriminaciones penales para la tutela de bienes jurídicos valiosos, únicamente resulta justificada cuando tal ámbito de merecimiento es subsidiaria a otras políticas de estado que en su articulación, pueden ser más efectivas en la protección de los bienes jurídicos;

(e) El criterio de selección de los bienes jurídicos, en cuanto a la creación de normas penales no debe ser expansivo, ni reactivo, sino restrictivo, es decir debe servir para frenar el inflacionismo y la expansión del derecho penal, como fenómeno del derecho penal postmoderno, sólo un derecho penal, bien orientado a las consecuencias que objetivamente puede alcanzar, será un derecho penal eficaz, dentro del marco del Estado Constitucional.

H. Lesión del bien jurídico, tipo y tipicidad. Conviene aquí abordar otro aspecto que parece importante y es la relación que media entre el bien jurídico y la potestad en la creación del delito.

---

82. En tal sentido HASSEMER Winfried, MUÑOZ CONDE Francisco "Introducción a la Criminología y al Derecho Penal". Tiran lo Blanch. Valencia. España. 1982 pp 104 a 105.



Ciertamente existen formas de injuria para el objeto de protección, que resultan ser insignificantes y sobre las cuales la sanción penal, por todas las consecuencias que produce, podría resultar no sólo innecesaria sino que perjudicial en la relación de los bienes en conflicto.

De ahí que el criterio de antijuridicidad material en este aspecto sea importante, pero visto desde un *prima* diferente, no en tanto a la lesión del bien jurídico como rector del tipo penal, sino en lo relativo al alcance de la lesión que podría generarse dentro del ámbito de protección de la norma penal. Como aspecto fundamentador de lo anterior se invoca el criterio de tangibilidad o grado de lesión del bien jurídico, de tal manera que si no concurre una lesión tangible para un bien jurídico en el ámbito de protección normativo, no es posible estructurar la tipicidad de la conducta<sup>83</sup>.

Esta evaluación de lo tangible que puede ser la lesión para un bien jurídico, es una ponderación que es menester realizar *ex post* al análisis de la adecuación típica de la conducta, lo cual significa que una vez agotado el examen de la tipicidad en el ámbito objetivo y subjetivo, debe establecerse un juicio de antinormatividad suficiente, y ello significa el si tangiblemente el bien jurídico ha sufrido lesión o si únicamente se trata de una infidelidad normativa, supuesto en el cual, no procedería entender típica, la conducta.

Lo anterior no tiene que representar un cisma en el ámbito del tipo penal, por cuanto no es inadecuado al ámbito de la norma, que en ella sea considerado el grado de vulneración que puede haber sufrido un bien jurídico, por cuanto norma y bien jurídico son aspectos relacionales desde la tipicidad, ello se demuestra por ejemplo en el hecho de que el objeto de protección de la norma penal, es el que incide decisivamente en su merecimiento para ser construida como tipo prohibitivo.

De tal manera que un examen de la tipicidad de la conducta y del tipo penal, sin ninguna consideración a la relación que media entre norma de protección y objeto de protección de la norma, significaría no darle la verdadera connotación que corresponde al principio de protección de los bienes jurídicos ahora en clave valorativa constitucional, por cuanto –como ya se ha expresado– el principio de ofensividad no sólo significa la exigencia de que los delitos a su base contengan bienes jurídicos, sino que en la relación sintética entre conducta y tipo penal, el bien jurídico que subyace como aspecto tutelado en la prescripción, sea al menos puesto en riesgo. Sino concurre ni siquiera la posibilidad de la puesta en peligro, la respuesta de la tipicidad es desproporcionada y por ende ya en esta sede debería ser excluida la conducta como no típica en atención a que la misma, en la concreta relación que medió no representa una afectación tangible para el objeto de protección de

---

83. *Idem*.



la norma penal.

Y es que para decirlo más claramente, la potestad del legislante en lo relativo a la creación del delito no sólo significa la creación del tipo penal. Este no “nace” en una relación de vacío, sino que el mismo importa, la necesidad de tutela de una determinada relación interpersonal en la realidad social que al ser sintetizada en una fórmula legal, adquiere la connotación de bien jurídico penal; de ahí que no sólo interese un análisis valorativo del tipo penal, sino también del ámbito de afectación que pudiera ocasionarse al interés de tutela de la norma penal.

J. Bien jurídico y lesión. Examinado lo anterior, conviene ahora puntualizar algunas disquisiciones sobre el valor del resultado respecto del principio de lesividad<sup>84</sup>. En lo referente a este aspecto de lesividad y lesión, en relación a la exigencia de la adecuación típica, es importante el rol que se le otorga al resultado, como cuestión verificable y refutable. Ciertamente, en la elaboración de la tipología penal, se acuña como elemento integrante el resultado, y ello es así, en la mayoría de tipos penales, sea dolosos o culposos de acción o de omisión; inclusive su importancia se traslada al ámbito de la determinación de la punibilidad, en la configuración de la tentativa como un hecho disvalioso no sólo por el disvalor de acto, sino por que éste ha sido capaz de poner en peligro al bien jurídico.

De ahí que, la comprensión del resultado en el ámbito de la dogmática penal, representa la limitación de que la conducta no puede ser punible, a menos que haya representado un peligro para el objeto de protección que tutela la norma penal, éste aspecto, es completamente verificable en la relación de comprobación que se dará en el proceso cognoscitivo y por lo tanto sujeto a demostración y refutación, es decir al empleo de *modus ponens* y *modus tollens*<sup>85</sup>.

Los aspectos esenciales para la determinación del resultado compatibles con el principio de lesividad de los bienes jurídicos pueden ser los siguientes: a) debe considerarse que el resultado dentro de la estructura típica, es un elemento distinto y diferenciado a la conducta; b) debe entenderse que el resultado, necesariamente debe tener una vinculación con el objeto de protección que resguarda la norma penal, si media esta relación entre objeto de protección y resultado, el mismo es valorable dentro del ámbito de esa relación, cuestión que inicia en el examen de lo típico; c) debe entenderse que el resultado está vinculado por un nexo causal naturalístico o normativo respecto de la conducta<sup>86</sup>; d) debe estimarse que la relación del resultado no puede consistir en una consecuencia intangible,

---

84. Sobre ello ampliamente LAURENZO COPELLO Patricia “El Resultado en el Derecho Penal”. Tirant lo Blanch. Valencia. España. 1992 pp 63 a 87.

85. Sobre el contenido de la demostración y la refutación en el proceso penal, conectado al derecho penal material, ver FERRAJOLI Luigi “Derecho y Razón...” op cit pp 610 a 611.

86. Debe entenderse que las cuestiones normativas vinculadas a la imputación son admisibles si y sólo si, son utilizados como criterios restrictivos en el ámbito de la imputación del resultado a la conducta.

por que ello propiamente hace disfuncional la relación de verificabilidad y refutabilidad que ya habíamos anticipado, en tal sentido el resultado en el ámbito típico, debe estar construido sobre parámetros de tangibilidad.

K. Bien Jurídico y simbolismo penal. Esta consideración es harto necesaria en la visión actual que pueda sustentarse de un derecho penal postmoderno, por cuanto pareciera que la misión del derecho penal ya no esta sustentada con exclusividad en la tutela del ser humano y de sus derechos fundamentales, sino que lo que se pretende tutelar son una especie de funciones que garanticen el normal desarrollo del sistema social, en el cual únicamente, se protegen relaciones de fidelidad y de consenso para una buena marcha del sistema, de ahí que, precisamente la nueva misión asignada al derecho penal, sea la de regular los riesgos abstractísimos de las sociedades de la postmodernidad, y generar un intenso control social, sobre aquellas personas que por ser disfuncionales –es decir no funcionales– representan en si mismas un factor de riesgo<sup>87</sup>.

Un derecho penal orientado a esas consecuencias, es un derecho penal que rebasa el grado de simbolismo, que podría estimarse racional para toda norma jurídica-penal<sup>88</sup>; y precisamente ahí radica la esencia del problema, por cuanto el abuso del simbolismo penal terminará deslegitimando al mismo derecho penal; lo anterior puede ser fácilmente constatado cuando se mide la eficacia del derecho penal, en relación a los ámbitos de seguridad ciudadana, que actualmente se padecen en las sociedad contemporáneas; en ellas, la eficacia normativa, parece ser sólo una quimera, en cuanto a los efectos de la reducción de la criminalidad, mediante leyes endurecidas, que son más bien “frugales” en cuanto a esos resultados.

Y es que en el actual estado de cosas, se deposita por la ciudadanía –muy poco y no muy bien informada– una fe mesiánica en el derecho penal para la solución de los múltiples problemas que se generan en la actualidad, y precisamente esas expectativas, son las que permiten que el orden político, le apueste al derecho penal como un instrumento alquímico, para resolver el problema de seguridad ciudadana frente al conflicto y frente al delito. Sin embargo, el resultado de tal gestión en la conflictividad social, sólo puede arrojar un mismo resultado compatible al de su origen, el cual es también –y no puede ser de otra manera– simbólico.

L. Principio de lesividad en la configuración del merecimiento. Corresponde ahora examinar, la cuestión relativa a la vigencia del principio de lesividad en cuanto a la construcción del merecimiento de la conducta en abstracto. En atención a ello, debe ser menester

---

87. Sobre ese aspecto MENDOZA BUERGO Blanca “El Derecho Penal en la Sociedad del Riesgo”. Civitas. Madrid. España. 2001 p 155.

88. Sobre los aspectos simbólicos de las normas penal y los contornos de su legitimidad ver HASSEMER Winfried “Derecho penal simbólico y protección de bienes jurídicos. Traducción de Elena Laurari en “Pena y Estado”. AA. VV. Editorial Jurídica Conosur. Santiago de Chile. 1995 p 30.

reconocer, que 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 necessitas*<sup>89</sup>, el principio de lesividad, permite establecer una doble garantía que a continuación se detallará:

(a) El primer aspecto responde a la exigencia que la criminalización de las conductas delictivas en cuanto tipificaciones, sólo resultan legítimas si la norma penal está dirigida a la tutela de un bien jurídico relevante<sup>90</sup>, es decir si la ofensividad descansa sobre la afectación de bienes individuales o sociales<sup>91</sup>.

Así, las construcciones típicas que no protejan bienes jurídicos, afectan el principio de lesividad, puesto que fincan la punición sobre conductas que sustancialmente no afectan un bien jurídico<sup>92</sup>; a ello se debe agregar, que la opción por la protección de los intereses vitales se ve también informada –de manera relacional– 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 sería no sólo intolerable, sino que también violatorio del principio de lesividad y por ende de la Constitución de la República que lo garantiza.

(b) En cuanto al segundo aspecto, debe indicarse que esta manifestación del principio de lesividad se circunscribe al principio de necesidad de tutela de los bienes jurídicos, ello significa no otra cosa que, cuando se va a recurrir a la tutela del derecho penal, no debe olvidarse que se trata del ámbito de protección de mayor

---

89. Reconociendo el alcance de este principio se ha dicho: “De allí se derivan importantes consecuencias a título de limitación al poder punitivo del Estado: a) La primera viene determinada por el principio de necesidad o de economía de las prohibiciones penales, expresado en el axioma *nulla poena sine necessitate*, el cual sostiene que, si la intervención punitiva es la técnica de control social más gravosamente lesiva de la libertad y dignidad de los ciudadanos, debe exigirse que se recurra a ella como remedio extremo. Es decir el derecho penal responde sólo al objetivo de tutelar a los ciudadanos y de minimizar la violencia, las únicas prohibiciones penales justificadas por su absoluta necesidad son, a su vez, las prohibiciones mínimas necesarias, esto es, las encaminadas a impedir comportamiento lesivos, que suponen una mayor afectación que las generadas por el derecho penal”. Sentencia de Inconstitucionalidad de la Ley Anti Maras p 160.

90. BUSTOS RAMÍREZ Juan “Control Social y Sistema Penal”. PPU. Barcelona. España. 1987 p 178.

91. Sobre esta extensión del principio se ha considerado que: “El principio de lesividad constituye el fundamento axiológico en la estructuración del delito, pues las prohibiciones legislativas, a cuya infracción se atribuye una pena, se justifica únicamente si se dirigen a impedir ataques concretos a bienes fundamentales de tipo individual o social, entendiendo por ataque no sólo el daño causado, sino también el peligro que se ha corrido”.

92. Sentencia de Inconstitucionalidad de la Ley Anti Maras p 160.

92. Debe señalarse en este aspecto, que hay una vocación bastante progresiva del legislante, 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. MÓCCIA Sergio “De la Tutela de Bienes a la Tutela de Funciones...” op. cit pp 118 a 121.

incidencia restrictiva en los derechos y libertades de los gobernados, dicho de manera sencilla, que se recurre el medio más afflictivo y violento, por lo cual el mismo debe ser utilizado como instrumento de extrema ratio. De ahí que el derecho penal no puede ser exacerbado en sus contenidos simbólicos y únicamente debe ser utilizado cuando sea absolutamente necesario; en tal sentido la configuración de tipos penales, sólo son razonables cuando son las necesarias para salvaguardar al bien jurídico, en su ámbitos de merecimiento, necesidad y aptitud para ser protegido, es decir un bien jurídico construido sobre la base de la dañosidad social<sup>93</sup> pero con un sentido antropocéntrico.

M. Principio de lesividad en cuanto afectación del bien jurídico. La otra extensión del principio de lesividad, se dirige ya a la fase punitiva, en el sentido que, no obstante que una conducta este reprimida como delictiva, no es razonable imponer ninguna pena o medida de seguridad, si la acción u omisión no ha puesto ni siquiera en peligro al objeto jurídico de protección<sup>94</sup> mediante una acción con contenido lesivo<sup>95</sup>. Lo anterior es plausiblemente explicable por cuanto, un derecho penal correctamente orientado, en todo Estado democrático, no construirá la punición del delito, cifrando únicamente como fundamento, el desvalor de acción; de tal manera que aunque concurra completamente colmado un relación de desvalor de la conducta, ello aún es insuficiente para determinar en concreto la punibilidad; por cuanto se requiere además la concurrencia de un desvalor de resultado que mesure la reacción penal.

De ahí que la mera desobediencia normativa, la transgresión a la misma en el sentido de 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.

Y es que esa es la exigencia fundamental del principio de lesividad, que la conducta exteriorizada por el sujeto ya en concreto haya sido capaz de producir una lesión o un peligro para el bien jurídico que es el objeto de protección de la norma penal; no sólo interesa el no acatamiento del mandato normativo, sino que también a consecuencia de esa infracción se haya producido una lesión en

---

93. En tal sentido ver MOCCIA Sergio "El Derecho Penal entre Ser y Valor. Función de la pena y sistemática teleológica. Editorial B de F. Buenos Aires. Argentina. 2003 p 182.

94. Señalando la necesidad de la lesividad en tanto afectación o puesta en peligro de los bienes jurídicos ver MORA MORA Luis Paulino, NAVARRO Sonia "Constitución y Derecho Penal". Corte Suprema de Justicia. Escuela Judicial. San José. Costa Rica. 1995 p 86.

95. La Sala Constitucional ha reconocido esta consecuencia del principio de lesividad al considerar: "La segunda se manifiesta a través de la exigencia de la materialidad de la acción dañosa; es decir ningún daño puede estimarse penalmente relevante sino como efecto de una acción. En consecuencia los delitos como presupuesto de la pena, no pueden consistir en actitudes o estado de ánimo interiores, y ni siquiera genéricamente en hechos, sino que deben concentrarse en acciones u omisiones humanas -materiales físicas o externas, es decir empíricamente observables - describibles exactamente por la ley penal". Sentencia de Inconstitucionalidad de la Ley Anti Maras p 161.

el sentido de provocar un resultado, que se encuentra escindido de la conducta –aunque vinculado a la misma–. Sólo ese aspecto de exteriorización y de materialización de la conducta podrá representar, en la relación concreta entre acto, norma, bien jurídico y resultado; la posibilidad de imponer una pena si media culpabilidad.

N. Bien Jurídico y dosimetría penal. En el actual estado de cosas, la significación del merecimiento de pena es vital. Ello se explica no sólo por la adopción de criterios de justicia al momento de la valoración en concreto del merecimiento de pena, sino por que en abstracto también significa un importante límite para el legiferante.

De lo anterior es plausible sostener, que una conducta es merecedora de pena, cuando la misma –de entre otros parámetros– afecta intereses vitales de la persona humana o de la comunidad; de ahí que el poder legislativo, aún reconociéndosele su amplio poder de configurar lo punible, no puede –so consecuencia de violar la Constitución– crear a su arbitrio prescripciones penales, por cuanto el límite que se tiene es precisamente que tales incriminaciones afecten bienes jurídicos valiosos.

Desde la perspectiva de justicia –que es un valor constitucional entre nosotros– no se concibe que una conducta sea merecedora de pena cuando la misma no haya ni siquiera causado un riesgo para el objeto que se protege por la norma penal, ello significa que no se tolera, la imposición de penas, para delitos que no tengan a su base bienes jurídicos, ni tampoco para conductas que aunque vulneren la prescripción normativa no representaron un peligro de afectación real para el bien jurídico.

En suma, la relación entre bien jurídico y merecimiento de pena, limita a legisladores y jueces. Para unos –los legisladores– está proscrito que se creen delitos sin bienes jurídicos, por que ello significará la punición por la contravención a una norma, pero no por la lesión a un bien jurídico; para los otros –los jueces– significa que no pueden imponer penas por aquellos delitos que no tengan a la base un bien jurídico, pero además, cuando la conducta vulnere un tipo penal que este legítimamente construido, la imposición de pena o medida de seguridad requiere indefectiblemente, al menos peligro para el bien jurídico tutelado, sólo si éste ha sido afectado, es razonable la imposición de la sanción, desde la perspectiva de la defensa de los bienes jurídicos<sup>96</sup>.

---

96. En lo concerniente al Principio de lesividad, en cuanto a su relación con la pena se ha dicho: De ahí que por la pena sólo resulte proporcionado prohibir aquellos comportamientos más intolerables, que por lo menos pongan en riesgo bienes jurídicos vitales de la persona o de la comunidad, pero siempre bajo una noción personalista. El derecho penal debe tener ese carácter subsidiario y fragmentario, en el sentido que únicamente es legítimo, desde el orden constitucional, sancionar con pena, aquellas conductas lesionen bienes jurídicos trascendentales cuando otro segmento del orden jurídico no puede hacerlo de manera efectiva. La fragmentariedad se vincula a que no toda ilicitud debe ser absorbida por el derecho penal, sino únicamente las que resulten más intolerables para el orden social, en atención a la intensidad del ataque hacia los bienes jurídicos. La pena y el Derecho Penal, tienen como misión: la protección de los bienes jurídicos y, únicamente mediante la tutela

#### 1.4. PRINCIPIO DE CULPABILIDAD.

A. Perspectiva del principio. Si la exigencia de lesión del bien jurídico fue un límite al subjetivismo extremo, que pretendía fincar la punición únicamente en la decisión de vulnerar el orden jurídico, el principio de culpabilidad, también constituye un límite para el objetivismo radical, que pretende fincar la respuesta punitiva únicamente teniendo en cuenta la afectación a un bien jurídico sin atender los aspectos de atribución personal, es decir a la cuestión subjetiva<sup>97</sup>.

De ahí que la construcción del principio de culpabilidad va a discurrir en una serie de garantías que van a impedir que se sancione a una persona por un resultado causado, pero sin que tal resultado se le pueda imputar culpablemente, y precisamente este ideario del cual partimos es consustancial con la dignidad del ser humano en tanto se le reconoce su capacidad de autonomía así como los ámbitos básicos de libertad, propios de su racionalidad como ser humano.

En el sentido anterior, mediante la vigencia del principio de culpabilidad, se exige como necesario que la pena sólo pueda imponerse a quien ha actuado culpablemente, la no actuación culpable no puede generar la imposición de una pena, aunque la conducta que acaeció o se realizó haya perjudicado un bien jurídico. Al menos penalmente no sería legítimo sostener la imposición de una pena para quien no actuado culpablemente<sup>98</sup>. El principio de culpabilidad, se estructura en una dimensión amplia, como un límite al poder penal del Estado<sup>99</sup>; y de sus formulaciones de protección,

---

de éstos, el resguardo de los valores ético-sociales relevantes. El derecho penal por ende no es moralizador, no tutela meras desobediencias al orden normativo, sino que se encarga de contener conductas lesivas para los bienes jurídicos más relevantes. Es por ello que la pena, no puede ser un instrumento irracional que pretenda buscar un castigo como especie de vindicación pública, ante el escándalo del delito, la pena sólo está dirigida a fines racionales, y por ello, por que esta erigida sobre la razón, es que la pena sólo se justifica, si a partir de ella, puede reintegrarse al individuo al tejido social, brindándole una propuesta de readaptación y generar un razonable sentimiento de la importancia de la tutela de los bienes jurídicos. Siempre la pena debe tener este plus de ser un instrumento de reincorporación del individuo, así lo que antes era venganza o castigo, ahora en un Estado Constitucional se concibe como una opción de recuperación del hombre. Tribunal Tercero de Sentencia de San Salvador. 09-08-02.

97. En tal sentido se ha afirmado "Para que una persona sea castigada con una pena por un hecho delictivo es necesario que sea culpable. He aquí uno de los principios básicos del Derecho Penal, cuyo mantenimiento ha de ser tarea ineludible para cuanto creemos que su existencia forma parte integrante del orden jurídico que ha de garantizar la justicia, la seguridad y el bien común". RUIZ VADILLO Enrique "Desviaciones al principio "no hay pena sin culpabilidad" en el Derecho Penal Español" en "Estudios Penales". Homenaje al padre Julián Pereda. S.J. Universidad de Deusto. 1965 p 17.

98. Sobre este aspecto se ha considerado que: "El principio de culpabilidad importa una limitación de la facultada de castigar del Estado, por que sólo puede sancionarse a quienes son culpables de un delito y la pena debe ser proporcionada a la culpabilidad. GARRIDO MOTT Mario "Derecho Penal. Parte General. T. I. Editorial Jurídica de Chile. Santiago de Chile. 1997 p 147.

99. Respecto del principio de culpabilidad la Sala Constitucional ha dicho en una nueva consideración: "Así en su sentido más amplio, el término culpabilidad se contrapone al de inocencia, sin embargo bajo la expresión principio de culpabilidad se incluyen diferentes límites al ius puniendi que tienen en común exigir como presupuesto para la determinación legislativa del delito y la consecuente aplicación judicial de la pena, que pueda recaer en quien cometa el hecho que motiva la aplicación". Sentencia de Inconstitucionalidad de la Ley Antimaras p 169.

únicamente se desarrollaran algunos aspectos, que a continuación se detallan.

La primera prohibición del principio de culpabilidad atañe a que no es justificado imponer una pena a la persona que, lesionando o poniendo en peligro un bien jurídico, no ha realizado esa conducta con un grado de autonomía en su decisión que le permitiese elegir entre la realización de la conducta antijurídica que realizó, de no haber ese margen de libertad en la decisión por la cual se ha optado, no procede la imposición de una pena.

La segunda prohibición está construida sobre la base que la pena no puede ser impuesta a quien, realizando una conducta punible, no ha podido ejercer sobre sus actos un nivel de control determinado para poder evitar su conducta, de tal manera que el acto realizado pueda predicarse fuera del control de la persona que lo ejecutó.

La tercera prohibición está cimentada en el hecho de que no es posible imponer penas a la persona que no ha conocido de manera razonable que con su conducta estaba realizando un hecho constitutivo de una infracción penal. Si no se tenía ese conocimiento por una situación insalvable, no es posible entonces imponer una pena.

Por último el juicio de culpabilidad y la pena que se corresponda, solo puede predicarse e imponerse exclusivamente a la persona responsable del hecho, no siendo legítimo que la sanción se extienda a terceros; ni tampoco que en las construcciones típicas se inserten fictas de culpabilidad<sup>100</sup>.

El poder de imponer de penas en la historia del derecho penal ha discurrido por dos grandes vectores –anunciados– como lo son el objetivismo y el subjetivismo<sup>101</sup>. Ambas concepciones, desde sus opciones radicales, permitieron el exceso y el arbitrio en el ejercicio del poder de castigar –la pena era vista como un castigo– en ese contexto, desde la perspectiva objetiva bastaba que únicamente el acaecimiento de un hecho que se consideraba perjudicial para los fines de quien ostentaba el poder, para que el castigo pudiese ser impuesto al causante del mismo, e inclusive extenderlo hacia sus

100. Señalando las diferentes consecuencias del principio de culpabilidad la Sala Constitucional ha expresado que: "En esa línea, el art. 12 Cn establece que toda personas a quien se impute un delito se presumirá inocente mientras no se pruebe su culpabilidad, para ello es preciso, en primer lugar, que no se conciba como responsable a un sujeto por hechos ajenos –principio de personalidad de las penas–; en segundo lugar, no pueden calificarse y por tanto castigarse como delitos formas de ser, personalidades o apariencias, puesto que la configuración de su responsabilidad es de difícil determinación distinto a los hechos o conductas plenamente verificables –principio de responsabilidad por el hecho– y la consecuente proscripción de un derecho penal de autor; además es preciso que el hecho constitutivo de delito sea doloso, es decir que haya sido querido por su autor o cuando se haya debido a su imprudencia –exigencia de dolo o culpa–; así también para que una persona pueda ser considerada como culpable de un hecho doloso o culposo, éste ha de ser atribuible a su autor como producto de una motivación racional normal –principio de imputación personal o de culpabilidad en sentido estricto– ello sucede cuando el sujeto del delito es imputable". Sentencia de Inconstitucionalidad de la Ley Anti Maras p 169.

101. En tal sentido ver FRIAS CABALLERO Jorge, CODINO Diego, CODINO Jorge "Teoría del Delito". Editorial Hammurabi. Buenos Aires. Argentina. 1993 p 60. FERRAJOLI Luigi "Derecho Penal y Razón..." op cit p 496.



congéneres, quienes también deberían responder por el hecho cometido, lo que justificaba que la imposición de la pena, era el resultado dañoso sufrido.

Estas formas de imputación fueron perfeccionándose en la evolución del desarrollo social, pero siempre estuvieron sustentadas bajo el fundamento de la responsabilidad por el actuar sin atender a la culpa del causante, es decir que su fundamento fue siempre el del castigo por el resultado, sin que mediase una relación culpable entre acto y resultado; es más, inclusive hasta nuestros días estas formas de imputar la responsabilidad han pervivido y son positivas en muchos ordenamientos penales<sup>102</sup>.

La otra visión no descansaba sobre la existencia de un hecho dañoso o sobre el perjuicio sufrido a consecuencia de un acto, sino que por el contrario en sus orígenes descansaba en la maldad intrínseca del ser humano, el cual al ser apreciado bajo ciertos parámetros en relación a sus características personales, era responsable de males acaecidos o futuros. De ahí que lo que se estimase como fundamento del castigo era la persona misma, en atención a su forma o estilo de vida; el sujeto era considerado un ser malo por naturaleza o por asunción de vida y ello era suficiente para que determinara que su persona era un peligro para los demás, él mismo, su grupo o su pueblo, y por ello pudiese ser objeto de la reacción penal por quien ostentaba el poder de castigar.

B. Fundamentos. Modernamente en la sistemática penal, se tiene el consenso de que únicamente a quien actúa culpablemente es posible imponerle una pena; de ahí que, un derecho penal democrático y respetuoso de la dignidad del ser humano, no puede sostener que, el injusto típico, pueda constituir el fundamento de la pena, sino que ésta debe suponer además otro juicio de desvalor, que reside en la 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 vetusto axioma “nulla poena sine culpa”<sup>103</sup> que reconoce el principio de culpabilidad –el cual la doctrina escinde de la culpabilidad como categoría del delito<sup>104</sup> – que impone al

---

102. Confrontar VITALE Gustavo L. “Estado constitucional de derecho y derecho penal” en “Teorías Actuales en el Derecho Penal. 1° edición AD-HOC. Buenos Aires. Argentina. 1998 pp 99 a 100.

103. El derecho penal moderno está compenetrado hasta sus raíces mas profundas, del concepto de que no es posible condenar a una pena por el sólo hecho de haberse causado un daño o por la destrucción de un bien jurídico –como ocurrió en épocas pretéritas– si ello no es el resultado de una acción injusta, llevada a cabo culpablemente. Este es un postulado de garantía de la libertad humana que ha sido elevada en numerosos países del mundo civilizado, al rango constitucional. Es llamado por la doctrina principio de culpabilidad y se formula en el apotegma latino *nulla poena sine culpa* el cual no procede –como a veces se afirma – de Feuerbach, sino que su origen es muy posterior”. COUSINO MAC IVER Luis “Derecho Penal Chileno. T. III. Editorial Jurídica de Chile. Santiago de Chile. 1992 p 5.

104. Esta distinción entre principio de culpabilidad y culpabilidad como categoría de la teoría del delito ha sido correctamente tratada 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

Estado la limitación de que nadie puede ser objeto de las consecuencias jurídicas del delito, si el hecho no le es reproachable o exigible –con independencia de la noción de culpabilidad que se asuma– de tal manera que, la garantía radica en que sólo al culpable puede imponerse pena, de ahí que la culpabilidad es fundamento de la pena<sup>105</sup>.

El principio de responsabilidad subjetiva o de culpabilidad, incorpora dos áreas primordiales a saber, en cuanto limitación del poder penal –que se desarrollan en diferentes consecuencias– y que impiden un uso arbitrario de la función punitiva; las cuales pueden ser sintetizadas de la forma siguiente: a) No está justificado imponer una sanción penal a quien actúe sin culpabilidad; b) No está justificado que las sanciones que se impongan al culpable, sobrepasen la medida de su culpabilidad. Estas dos dimensiones del principio de culpabilidad erigen una esfera de protección sobre todo el sistema penal, consolidando al principio de culpabilidad como un instrumento garantizador de los derechos fundamentales de los habitantes y limitador del poder punitivo del Estado<sup>106</sup>.

Bajo esa línea de pensamiento, al principio de culpabilidad, actualmente se le reconocen diversas formas de garantía, la primera –como se pre-indicó– está erigida sobre la base, que ha nadie puede imponérsele una pena, si el hecho cometido no lo ha sido de manera culpable, en tal sentido, el injusto penal no es suficiente para que a una persona se le imponga una pena, el hecho debe ser atribuido culpablemente<sup>107</sup>. El otro aspecto radica, en que la pena que se imponga debe ser proporcional a la culpabilidad<sup>108</sup>, de ahí que, la culpabilidad como principio garantiza el límite de la sanción penal, el cual es irreductible, y no puede ser rebasado ni por efectos preventivo generales ni por efectos preventivo especiales, la culpabilidad es el límite indisponible para la pena, involucrando tanto el merecimiento de pena en abstracto, como en concreto, de

---

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. I. Teoría General del derecho penal y estructura del hecho punible. Traducción de la séptima edición alemana por Jorge Boffill Genzch y Enrique Aimone Gibson. Editorial Astrea. Buenos Aires. Argentina. 1994. pp. 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. pp 221 y ss; 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.

105. 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, pp. 151 a 152.

106. 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° 13. Año V. Volumen III. Septiembre-Diciembre.2002. CSJ-AECL San Salvador, El Salvador. 2002, pp. 86 a 87.

107. En tal sentido STRATENWERTH Günter "Derecho Penal". Parte General I. El hecho punible. Traducción de la segunda edición alemana (1976) por Gladys Romero. Edersa. Madrid. España. 1982. 108. Ver GARCÍA ARAN Mercedes "Fundamentos y Aplicación de Penas y Medidas de Seguridad en el Código Penal de 1995. Aranzandi. Pamplona. España. 1997 pp 72 a 76.

esta forma, es que el principio de culpabilidad, se erige como límite al poder penal sancionador<sup>109</sup>.

C. Rango Constitucional del Principio de culpabilidad. Ciertamente que la Constitución de la República reconoce la vigencia del principio de culpabilidad, el cual se encuentra regulado con categoría de norma primaria en el artículo doce de la Constitución cuyo tenor literal reza: “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 el máximo tribunal constitucional en una línea de precedentes que han ido fortaleciendo el argumento que precisamente dentro del marco de garantías que la constitución ha reconocido al ser humano, una de las importantes es la de la necesidad de acreditación de la culpabilidad, precedentes que se iniciaron con una sentencia de inconstitucionalidad respecto de un cuerpo normativo del derecho administrativo sancionador<sup>110</sup>, que fueron cimentándose en procesos constitucionales de habeas corpus o de amparo, hasta el último –e importante precedente– pronunciado por la Sala en el cual confirma definitivamente que el principio de culpabilidad tiene “carta de arraigo” en la normativa constitucional derivándolo expresamente del artículo 12 Cn. Sin pretender abarcar todas las consecuencias del principio de culpabilidad, daremos inicio a la consideración de aquellas más notables.

D. Principio de Exterioridad. El fundamento de que la persona sólo puede ser sancionada por la conducta exterior que realice y no por las meras intenciones que tenga, permite consagrar el principio de exterioridad de la conducta también conocido como “nulla crimen nulla poena sine conducta o sine actione”<sup>111</sup> por el cual únicamente es dable sancionar el acto humano externo quedando interdicta la punición del aspecto ideativo bajo el apotegma “cogitationis nemo

---

109. KÜNSEMÜLLER LOEBENFELDER Carlos “Culpabilidad y Pena”, Editorial Jurídica de Chile. Santiago de Chile. 2002 pp 64 a 65.

110. 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.

111. FERRAJOLI Luigi “Derecho y Razón...” op cit pp 480 y 518. Sobre la exigencia de exterioridad de la acción y la no punición de los pensamientos desde el pensamiento ilustrado se afirmaba que: “La única y verdadera medida de los delitos es el daño hecho a la nación, y por esto han errado los que creyeron que lo era la intención del que los comete”. BECCARIA Cesare “De los Delitos y de las Penas...” op cit p 37.

patitur”<sup>112</sup>. Pero lo anterior se encuentra estrechamente ligado con el principio de culpabilidad por cuanto el poder sancionatorio del Estado sólo puede aplicarse a los actos externos del ser humano –derecho penal de acto– y únicamente en los límites del disvalor del acto cometido<sup>113</sup>.

A esa garantía se opone la visión por la cual el Estado tiene facultades para castigar no los actos ejecutados por el hombre, sino al hombre mismo en razón de su propia personalidad, de ahí que la sanción no tiene fundamento en el acto exterior realizado, sino en la totalidad de la persona, el acto en sí sólo podría alcanzar el valor sintomático de lo perverso del ser o de su personalidad, y ésta es el fundamento esencial para la imposición de la pena o medida. Resulta obvio que este modelo responde al denominado derecho penal de autor, por el cual no se sancionan esencialmente los hechos de la persona, sino su propia personalidad<sup>114</sup>.

Como el fundamento del castigo no puede ser la persona del justiciable, en cuanto purificación de su ser mediante la pena –visión antiquísima de la pena–, resulta plausible que el fundamento inicial de la potestad punitiva esté erigido sobre los actos externos de la persona, y sobre las consecuencias que éste acto produce en la realidad. De ahí la necesidad de la exteriorización de la conducta, como una realidad que puede objeto de conocimiento, mediante los modos de verificación y refutación y que permite –dicho sea de paso– instaurar un modelo democrático de juzgamiento por cuanto lo que se acusa debe de demostrarse, con posibilidades de contradecirse<sup>115</sup>, lo cual significa que la imputación no debe versar como objeto del juicio, respecto de la personalidad del acusado en cuanto ser moral, sino sobre sus actos externos o hechos, que son los únicos que pueden ser afirmados o rebatidos<sup>116</sup>; de ahí también la importancia de prohibición de incorporar fictas en la construcción del tipo penal<sup>117</sup>.

---

112. Es de señalar que el apotegma “*cogitationis poena nemo petitur*” –las ideas no delinquen– se opone a la máxima “*in maleficio voluntas spectatur non exitus*” –lo decisivo está en la voluntad no en el resultado–.

113. *Idem*.

114. *Idem*.

115. Es por ello que las normas penales que se requieren en la configuración de los tipos penales, son normas de carácter regulativas y no constitutivas, por cuanto sólo las primeras cumplen la exigencia alética de decidibilidad del sujeto, y por ende son capaces de ser comprobadas y refutadas con fundamentos en hechos, sobre ello: *Idem* p. 502 a 503.

116. Respecto del principio de exteriorización “El derecho penal no debe tener únicamente por función imponer y reforzar la penalización por la comisión de un delito, sino la de impedir la comisión de acciones dañosas, asimismo, tal función por sí sola no es suficiente para justificar la intervención coactiva del Estado en la vida de los ciudadanos. Para que pueda prohibirse y castigarse conductas se exige además que estas dañen de un modo concreto o pongan en peligro idóneo bienes jurídicos fundamentales o instrumentales; en ese sentido, el juicio penal no debe versar acerca de la moralidad –entendida como pura intimidad no trascendente o sobre aspectos sustanciales de la personalidad del imputado, sino que sólo de hechos que le son imputables, pues sólo éstos pueden ser empíricamente probados por la acusación y refutados por la defensa”. Sentencia de Inconstitucionalidad de la Ley Anti Maras p 164.

117. En tal sentido, en relación a las prohibiciones de fictas en la elaboración de los tipos penales se ha dicho: “Prohibición de presunciones legales típicas. De la redacción del Art. 37 de la Ley Reguladora de las Actividades Relativas a las Drogas se extraen dos circunstancias fácticas con penalidades totalmente diferentes. Una se construye a partir de un juicio de valor presuncional sobre el conocimiento y voluntad del agente activo del

El fundamento del principio de exterioridad de la acción implica que, únicamente puede ser objeto de pena, la conducta humana que ha provocado efectos en la realidad, y sobre la base de ese disvalor, que se forma entre conducta realizada según el conocimiento y voluntad del sujeto, y en las consecuencias que ha provocado dicha conducta en los bienes jurídicos de un tercero, es que debe verificarse el juicio de valoración respecto de la gravedad disvaliosa de la conducta<sup>118</sup>.

Debe indicarse que, a partir del principio que exige como fundamento de la punición la conducta exterior del sujeto, pueden predicarse al menos las siguientes consecuencias: a) sólo la garantía que exige la exterioridad de la conducta puede ser útil para descifrar las perversiones cuando se pretende larvadamente parámetros de derecho penal de autor<sup>119</sup>.

De ahí que al estar proscrito el derecho penal autoral, también esta vedado que la persona sea sancionada por su forma de ser; el fundamento de la propia personalidad no es legítimo para imponer o intensificar la culpabilidad y la pena –caso de la reincidencia o de la habitualidad– por cuanto significa no otra cosa que la aplicación de reglas de sanción propias del derecho penal de autor, modelo antiliberal, antidemocrático y no conforme con la Constitución de la República; en suma la persona por lo que es no puede ser fundamento de la pena.

De ahí que este prohibido el castigo de la persona en razón de su propio ser, es decir por lo que ésta persona haya decidido ser según su plan de vida; tampoco se puede sancionar en los términos del derecho penal, a la persona en razón de sus carácter, la persona –repetimos– debe asumir su sanción por los hechos que ha cometido, pero no por las peculiaridades caracteriológicas que tenga, en otras

---

delito acerca de destinar o no la droga para fines comerciales y la otra trata de describir es la predisposición para realizar cualquiera de las actividades de tráfico, es decir no tiene el juzgador que realizar ninguna inferencia sobre la voluntad del agente activo del delito, lo que debe de hacer es buscar los criterios objetivos que le ayuden a acreditarlos propósitos de tráfico (...) así mismo esta Sala quiere dejar constancia que el tipo penal de la Posesión y Tenencia, como ya lo hemos mencionado, es el juzgador quien expresará un juicio de valor sobre la intencionalidad del sujeto activo del delito, esta regla de valoración de la prueba es inapropiada que aparezca en la redacción de los tipos penales, puesto que obliga a considerar una finalidad comercial de la posesión de la droga en función de la cantidad y un juez no puede condenar en base a presunciones, sino según sus convicciones y no es por la cantidad en sí misma lo que lleva a la conclusión si la droga es con fines comerciales, tráfico o almacenamiento. De acuerdo a lo que se extrae del proceso podemos analizar que se trata de un delito de peligro, lo cual no se requiere que exista un daño visible sobre el objeto que recae la acción, sino que el objeto jurídicamente protegido haya sido potencialmente en situación de causarle una lesión, siendo la salud pública la que se pretende proteger, comprendiendo ésta el bienestar mental, físico y social de una colectividad". Sentencia de la Sala de lo Penal, de las ocho horas y veinte minutos del día veinte de junio de dos mil tres (2008-02).

118. En tal sentido confrontar FERRAJOLI Luigi "Derecho y Razón..." op cit pp 481 a 482.  
119. En lo relativo a la Prohibición de Derecho Penal de autor, se ha dicho: Acerca de la personalidad del autor, la Sala considera que dicho parámetro no debe utilizarse para fijar la pena, pues con ello se contravendría el principio de responsabilidad por el hecho, según el cual en toda valoración tendiente a establecer la responsabilidad de una persona, deberá prescindirse de la personalidad u otras características particulares carentes de incidencia en el accionar ilícito del sujeto, todo ello con base en lo preceptuado en el Art. 12 de la Constitución y en los Arts. 8.2 y 9 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y Art. 14.1 y 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Sentencia de la Sala de lo Penal, de las once horas del día dieciocho de octubre de dos mil dos.

palabras esta conjurada la culpabilidad por el carácter<sup>120</sup>.

El derecho penal de acto y el principio que exige que la punición tenga como objeto la exterioridad de la acción, prohíbe que la sanción penal puede tener como fundamento la conducción de vida de la persona, es decir su plan de vida, de ahí que el valor de la conducta como hecho externo –objeto de valoración – no puede quedar supeditado a al conjunto de decisiones que la persona ha asumido como forma particular de vida. Este aspecto no puede ser objeto de valoración ni en la culpabilidad ni en la dosimetría de ésta, con lo cual no es posible fundar la sanción penal en las opciones de vida la persona<sup>121</sup>, sino únicamente por el hecho cometido como conducta delictiva<sup>122</sup>.

Tampoco es posible que la sanción penal pueda tener por objeto la sintomatología del sujeto como ser peligroso, con lo cual el principio de culpabilidad, mediante la exigencia del derecho penal acto y de la necesidad de la exterioridad de la acción destierra la doctrina del peligrosismo como fundamento de la punibilidad<sup>123</sup>. La peligrosidad sólo es un juicio de prognosis, respecto de lo que una persona ulteriormente podría ser, y tal ideario es vástago de las doctrinas más lesivas del ser humano –el fascismo, el nazismo– el peligrosismo tiene múltiples fuentes, dos de las mas conocidas y aplicadas, son el peligrosismo biologicista y el peligrosismo social<sup>124</sup>.

---

120. ZAFFARONI Eugenio Raúl, ALAGIA Alejandro, SLOKAR Alejandro "Derecho Penal..." op cit p 629. MOCCIA Sergio "El Derecho Penal entre Ser y Valor..." op cit pp 164 a 165.

121. De ahí que se sostenga con toda razón que la conducción de la propia vida no puede ser el fundamento de la culpabilidad, ni del incremento de la misma por cuestiones de reincidencia y se recuerde lo que establecía ya de antiguo el Código Toscano de 1786 en el parrafo 57 que establecía que: "agotada la pena no podrán ser considerados infames para ningún efecto ni nadie podrá jamás reprocharles su pasado delito que deberá considerarse plenamente purgado y expiado con lo que habrán sufrido ZAFFARONI Eugenio Raúl, ALAGIA Alejandro, SLOKAR Alejandro "Derecho Penal..." op cit pp 1010 a 1011.

122. Sobre la prohibición de derecho penal de autor se ha manifestado por el tribunal constitucional: "En relación con el segundo de ellos –principio de responsabilidad por el hecho – es viable afirmar que éste se opone a la posibilidad de penalizar la apariencia o modo de ser de las personas ; enlaza este principio con el de lesividad pues, en la creación de los tipos penales, el mandato de protección de bienes jurídicos proclama la punición de una conducta dañosa de dichos bienes jurídicos fundamentales e instrumentales. Ó cuando menos que pongan en un peligro lo suficientemente potencial de producir daño; en ese sentido la Constitución al consagrar la presunción de inocencia en el art. 12 y la protección de bienes jurídicos en su art. 2 proscrib el derecho penal de autor". Sentencia de Inconstitucionalidad de la Ley Anti Maras p 169 a 170.

123. Con relación al peligrosismo y su prohibición en el orden constitucional a partir del principio de culpabilidad se ha sostenido que: "Al presuponer determinadas valoraciones legislativas, las normas y principios jurídico-penales implican una función preventiva limitada por los valores a cuya protección sirven: en consecuencia la peligrosidad y apariencia predelictual no son conductas que se puedan prohibir ni castigar, es decir los imperativos contenidos en normas punitivas no pueden referirse al modo de ser de las personas, sino a los resultados, de sus hechos lesivos de bienes jurídicos tutelados. Pues la finalidad necesaria y racional a realizar por el derecho penal, es posibilitar la vida en comunidad a través de la protección de bienes jurídicos, mediante la actuación encaminada a prevenir el delito de aquellas personas que no son potenciales delincuentes, sino de aquellos que ya han cometido un ilícito. Y es que la exigencia de lesión o puesta en peligro de los bienes jurídicos requiere que lo que se incrimine sean hechos y no meros pensamientos actitudes o modos de vida, comportando la exigencia de un derecho penal de hecho, al que se oponen la idea autoritaria de un derecho penal de autor, que plasma generalmente, en leyes de peligrosidad social". Sentencia de Inconstitucionalidad de la Ley Antimaras p 170.

124. Sobre tal enfoque ver ARROYO GUTIÉRREZ José Manuel, CHAN MORA Gustavo "Derecho penal y sociedades disciplinarias: El debilitamiento del principio de lesividad como tendencia del derecho penal moderno" en "Democracia, Justicia y Dignidad Humana. Homenaje a Walter Antillon Montealegre. Juan Marcos Rivero

Empero el principio de culpabilidad es irreconciliable con la doctrina del peligrosismo, por cuanto el fundamento del castigo en la peligrosidad es no lo que se ha hecho –que para ello está la desvaloración de lo culpable– sino lo el sujeto sería capaz de hacer, situación que no es demostrativa ni refutable y que sólo puede ser inferida internándose en el autor mediante una suerte de prestidigitación.

Precisamente, es en la época del peligrosismo criminológico, cuando el derecho penal de autor tiene mayor auge, sobre el fundamento de la defensa social, de ahí que, si era pronosticable que una persona pudiese ocasionar daños, la misma debería ser neutralizada, en ese momento. Por eso mismo no es casualidad, que en los vientos que han soplado nuevamente en nuestro istmo, bajo la bandera de la defensa social y de la doctrina de la seguridad, las opciones que se propongan sean las mismas –execrables por cierto– de las de aquel período oscuro de la humanidad, del cual ya nadie se quiere acordar –pero que es importante no olvidarlo– por todo el daño que causó<sup>125</sup>.

No es ocioso aquí por lo menos dejar señalado que los criterios de peligrosidad criminal siguen actuales en muchos ordenamientos –incluido el nuestro–; por ejemplo, en el área de la aplicación de las medidas de seguridad se recurre a la formulación de la peligrosidad para justificar su aplicación, lo cual no es legítimo, en el sentido que la peligrosidad sea el fundamento de las medidas asegurativas<sup>126</sup>.

También tal criterio se adopta en materia de restricción de derechos mediante la coerción procesal, por ejemplo en el ámbito de la detención provisional; otra área que no puede quedar fuera es la que corresponde al derecho administrativo sancionador, por cuanto muchas de las prohibiciones que se elevan a la categoría de infracciones administrativas descansan en una visión tipológica de derecho penal de autor.

E. Prohibición del objetivismo. La responsabilidad penal objetiva esta prohibida en el derecho penal por consagración del derecho penal de culpabilidad<sup>127</sup>, con lo cual sólo aquellas conductas

---

Sánchez, Javier Llobet Rodríguez. Compiladores. Editorial Jurídica Continental. San José. Costa Rica. 2004 pp 15 a 16.

125. Ver el interesante resumen que se presenta por FERRAJOLI Luigi "Derecho y Razón..." op cit p 534.

126. Sobre esta la visión de que la peligrosidad no es fundamento de las medidas de seguridad, y que esa visión debe ser superada SOTOMAYOR A. Juan Oberto "Inimputabilidad y Sistema Penal". Temis. Santa Fe de Bogotá. Colombia. 1996 pp 136 a 146.

127. El reconocimiento del principio de culpabilidad de manera expresa en nuestro orden Constitucional, lo ha considerado la Sala de lo Constitucional expresando: La idea expuesta en el acápite precedente significa como ineludible derivación que el vocablo delito consignado en el Art. 12 inciso primero de la Constitución debe entenderse no en sentido estricto, sino como indicativo de un ilícito o injusto típico, esto es conducta humana que en virtud del mandato legal se hace reprochable a efecto de su sanción; incluyéndose en este concepto a las infracciones administrativas y específicamente a las tributarias. Esta equiparación que no puede hacerse más que por el rasero de la teoría general del delito implica que los principios del Derecho Administrativo sancionatorio son los que se sistematizan en el derecho penal de aplicación judicial, en la medida necesaria para preservar los valores esenciales que se encuentran en la base del precepto (...) Podemos asegurar



realizadas con intención o imprudencia imputables al sujeto pueden servir como uno de los fundamentos para la sanción penal<sup>128</sup>. La formulación precisa del precepto, manda que no se impongan penas ni medidas de seguridad –en su actual versión– si la acción u omisión no se ha cometido con dolo o culpa, y es una derivación del clásico principio de culpabilidad, que en sus orígenes, para limitar la responsabilidad penal objetiva, exigió que para imponer una pena, la conducta exterior del sujeto debía ser realizada ora con dolo ora con culpa<sup>129</sup>, ese es el apotegma que enuncia el principio “nulla poena sine culpa”.

Sin embargo, debe considerarse que al presente, el principio de culpabilidad ya no se agota exclusivamente en esta originaria consecuencia, sino que ha partir de las propias realidades en las cuales se ha ido desarrollando la actividad humana, el principio ha sido objeto de nuevas reformulaciones para ir ido obteniendo diversos niveles de protección, los cuales se derivan precisamente, de su formulación de índole constitucional, que como tal, erige un concepto indeterminado –en este caso la culpabilidad– que permite colmarlo de diferentes contenidos, de acuerdo a las realidades históricas que se desarrollen.

En este apartado, únicamente se desarrollará lo relativo a la consecuencia de exigencia de dolo o culpa. Ciertamente el principio

---

entonces, sin ambages, que en materia administrativa sancionadora 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 garantizan 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 (...) Sala de lo Constitucional IS. 3-92 ac. 6-92; 17-12-92. 128. En tal sentido ver FERRAJOLI Luigi “Derecho y Razón...” op cit p 487.

129. En lo relativo al Principio de Responsabilidad se ha dicho “Por otra parte se es penalmente responsable si se es culpable. La culpabilidad es, el presupuesto básico de la responsabilidad (...) La doctrina moderna acepta que no pueden existir delitos puramente objetivos, o sea que, por el mero hecho cometido se aplique la sanción penal; sino que se necesita la demostración de culpabilidad. Esto incluso, lleva a otra consecuencia: no es punible quien comete una infracción en virtud de error excusable en la interpretación de las leyes tributarias, recogido en nuestro ordenamiento jurídico, ya en sentencia de inconstitucionalidad 3 y 6-92 se expresó que el artículo 113 de la Ley de Impuesto a la Transferencia de Bienes Muebles, al establecer una responsabilidad objetiva de los gobernados y reputar a éstos siempre culpables por el incumplimiento de obligaciones establecidas en dicha ley, trasgrede el artículo 12 inciso 1º de la Constitución. Si la responsabilidad objetiva en materia meramente de índole administrativa, se declaró inconstitucional con mucha mayor razón debe desecharse en el campo penal. Sala de lo Constitucional”. HS047797.97 ac. HS050597.97. En igual sentido fundamentando el principio de culpabilidad se ha sostenido: Puesto que se infringe el artículo 12 inciso primero de la Constitución (...) En dicha disposición encontramos entre otros, el principio de responsabilidad a través del cual, el tribunal debe valorar conforme a la sana crítica, la culpabilidad de la persona a quien se le atribuye un hecho delictivo y no basta entonces, que se relacione prueba que involucre en forma general a determinadas personas, sino que debe probarse de manera particular su correspondiente responsabilidad; todo lo cual está en consonancia con la presunción de inocencia, ya que toda persona está investida jurídicamente de tal estado hasta que una resolución judicial en el proceso legal, declare lo contrario; principio también reconocido como garantía vigente del debido proceso legal, que a parte de estar elevado a la categoría de derecho Constitucional, se encuentra también en los arts. 11. 1 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, Art. 14.2 del pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, Art. XXVI de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, Art. 5 N° 4 y 8 N° 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Sala de lo Constitucional. HS033697.97; acu HS 035897.97; HS038097.97; HS040697.97.

de que no hay pena sin culpa, es de rancio abolengo<sup>130</sup>. Dicho principio se erige como un límite al objetivismo penal<sup>131</sup>, por lo que su fundamento tiene al menos un doble contenido:

Por una parte se garantiza que la configuración de los tipos penales, en cuanto construcciones normativas, no pueden ser estructurados mediante fórmulas que entrañen cuestiones de responsabilidad objetiva, en cualquiera de sus manifestaciones, ora que se trate de delitos calificados por el resultado, ora que se trate de delitos preterintencionales<sup>132</sup>.

De ahí que, la agravación en la pena, por el resultado objetivo no cubierto por la imputación subjetiva de la persona, esta proscrito de un derecho penal que reconozca la vigencia del principio de culpabilidad<sup>133</sup>. Los delitos calificados por el resultado que son aquellos delitos que tienen asignada una penalidad más grave, cuando en la ejecución de un hecho doloso, se ocasionan resultados más graves, aunque los mismos no hallan sido ni asumidos ni previstos por el autor, son violatorios del principio de culpabilidad.

Lo anterior es así, por que, lo que se sanciona, con un carácter más enérgico, es únicamente el resultado sobrevenido y no la intención del agente; tal agravación tiene fundamento en el hecho que el resultado, se encuentra originado –sólo causalmente– en ejecución de una conducta en el ámbito de la ilicitud, por lo que se pretenden cubrir, todas las consecuencias malignas que se deriven de tal actuación ilícita, esa es precisamente la base del brocardo

---

130. En tal sentido se cita a Jousse con la máxima penal "la où il n'y a point de dol, il n'y a point de crime et par conséquent il ne peut pas y avoir de peine" "allí donde no hay dolo no hay crimen y por consiguiente no puede haber una pena". Confrontar SCHURMANN PACHECO Rodolfo "Nullum Crimen Sine Culpa. Dogma y realidad" en Doctrina Penal. Año N° 8 Número 29-32. 1985. De Palma. Buenos Aires. Argentina. 1985 p 34. 131. En lo relativo al Principio de culpabilidad, y a la prohibición de responsabilidad objetiva, se ha expuesto: "Sin embargo, no basta colmar la objetividad del tipo penal, para que una conducta pueda calificarse de inmersa en su configuración típica, el sujeto además debe saber lo que hace, por que de lo contrario se privilegia irrazonadamente lo objetivo ante lo subjetivo y ambos aspectos deben concurrir en un ponderado sincretismo; es por ello que, la égida del principio de culpabilidad en este caso, bajo el brocardo "nulla poena sine culpa" impide sancionar a la persona por meros resultados de su actuar, por que sin dolo o culpa no hay reproche típico, ni mucho menos puede predicarse a posterior culpabilidad. Y esto es lo que afirma el artículo 4 CP cuando dice (...) Esta norma es derivación directa del artículo 12 Cn que no sólo se limita a proclamar la presunción de inocencia, sino que además exige la demostración de la culpabilidad, garantía ineludible de las personas para que se les pueda aplicar una consecuencia jurídica del delito. De ahí que del artículo 4 CP podamos extraer –entre otras– dos importantes conclusiones: la primera es que tal norma de garantía no se limita a prohibir de manera genérica la responsabilidad objetiva, sino que toda forma o cualquier forma de dicha responsabilidad está proscrita de nuestro sistema penal, por que a las personas debe sancionárseles no sólo por aquellas consecuencias que provoca, sino por que las provoca, o deliberadamente o con grave violación de los deberes de cuidado y siempre que las mismas afecten bienes jurídicos, es por ello que en la construcción típica por aplicación del principio de intervención mínima mientras la mayoría de conductas se construyen típicamente dentro de una figura dolosa que requiere el conocimiento y la voluntad del sujeto de realizar lo que se prohíbe, excepcionalmente se punibilizan las conductas culposas o imprudentes, ello responde a que nuestro sistema no acepta una teoría de crimina culpae sino de la crimina culposa, es decir, no hay una extensión desmesurada de los tipos penales, esa situación no será posible al menos que ya expresamente la tipificación culposa esté prevista para este tipo de conductas de manera concreta y precisa para salvaguardar el principio de legalidad. Tribunal Tercero de Sentencia de San Salvador. 19-06-02.

132. Confrontar VELÁSQUEZ V. Fernando "Derecho Penal..." op cit p 284.

133. En tal línea de pensamiento HASSEMER Winfried "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. Temis. Santa Fe de Bogotá. Colombia. 1999 pp 54 a 55.

“versanti in re illicita etiam imputatur” o “al que se mueve en lo ilícito hasta la causalidad le es imputable”.

La segunda dimensión del principio *Nulla pena sine culpa*, se extiende respecto del hecho cometido, y garantiza que a ninguna persona podrá imponérsele pena o medida de seguridad, si la conducta de éste, no ha sido realizada con dolo o culpa<sup>134</sup>; ello significa que únicamente puede ser típica aquella acción u omisión que se comete dolosa o culposamente; de ahí que haya una exigencia a que las conductas, deben ser realizadas por el sujeto obrando o bien con dolo o mediante imprudencia<sup>135</sup>; con lo cual se prohíbe la imputación de un resultado que no este gobernado por el dolo, o que pueda atribuirse según culpa, como se advertirá, se vuelve en este ámbito a un equilibrio, entre objetivismo y subjetivismo. El mero hecho del resultado, tampoco por si sólo funda la imputación del tipo penal<sup>136</sup>.

También es oportuno dejar señalado que la exigencia de que la acción o la omisión sea cometida con dolo o con culpa, no sólo esta referida a la imposición de una pena, sino que también esta articulada como una necesidad para imponer una medida de seguridad; sin duda esto es un gran aporte del derecho penal humanitario, que permite hacer descender el énfasis que se dispensa al peligrosismo como fundamento de la imposición de medidas de seguridad<sup>137</sup>, relativizando la aporía de la Temibilita.

De ahí que, la égida del principio de culpabilidad, en su

---

134. En lo que respecta a la exigencia de dolo o culpa, se ha manifestado: “De acuerdo al principio de responsabilidad que rige en el Derecho Penal, par atribuir responsabilidad penal una persona, no basta establecer el resultado material a la que está unida causal o normativamente su conducta, resultando necesario apreciar además la dirección de su voluntad, es decir, no puede atribuirsele responsabilidad penal sin que se hay establecido la existencia del dolo en su conducta (...) De lo anterior esta Sala advierte, que la conducta realizada por los señores Zaldívar Martínez, consistió en librar y entregar un cheque posfechado a favor del Licenciado Machado Gómez, y que tal conducta tuvo como origen un contrato verbal de servicios profesionales, en virtud del cual, los contratantes hicieron perder al cheque su doble carácter de medio incondicional e inmediato de pago, condicionándolo a las results del juicio objeto del contrato referido, desnaturalizando de esa forma el uso de dicho título valor, convirtiéndolo a su vez en un instrumento de garantía así mismo, al consignarle una fecha posterior a su libramiento, retardaron deliberadamente el pago del mismo evidenciándose por una parte la ausencia se lesión al bien jurídico protegido por la norma, y por otra, la falta de dolo al momento que fue librado y entregado. Con base en lo expresado y lo dispuesto en los Arts. 3 y 4 Pn, que consagran los principios de lesividad del bien jurídico y de responsabilidad, es impropcedente atribuir responsabilidad penal a los señores Zaldívar Martínez, dado que en el juicio se estableció que hubo acuerdo acerca del uso que se le daría al cheque en referencia, distorsionando en su naturaleza, razón por la cual la conducta resultó ser atípica, por no existir el elemento subjetivo denominado dolo, requisito necesario para completar la tipicidad del delito en comento”. Sentencia de la Sala de lo Penal, de la diez horas del día dos de octubre del dos mil uno (272-00).

135. En tal sentido CALDERON CERESO Angel, CHOCLAN MONTALVO José Antonio “Derecho Penal”. Tomo I. Parte General. Bosch. Barcelona. España. 1999 p 60.

136. En cuanto al reconocimiento del principio de dolo o culpa se ha dicho: “La idea del principio de culpabilidad nace principalmente en el principio de responsabilidad de las penas y en el principio de exigencia de dolo o culpa; el primero de ellos limita la responsabilidad penal a los autores del hecho delictivo y a los que participen en el como inductores coautores o cómplices. En ese orden de ideas, habida cuenta la asimilación legislativa, el principio de culpabilidad reclama el rechazo de la responsabilidad penal objetiva y la exigencia que el delito se cometa dolosamente o al menos por imprudencia, es decir a propósito o por una inexcusable falta de cuidado, lo que excluye la responsabilidad por el resultados vinculados causalmente a la conducta del sujeto, que no eran previsibles ni evitables”. Sentencia de Inconstitucionalidad de la Ley Anti Maras p 171.

137. VELASQUEZ V. Fernando “Derecho Penal...” op cit p 285.

sentido pleno, como garantía constitucional, permite también la tutela del inimputable en aquellas consecuencias de la garantía de culpabilidad que le sean aplicables. En virtud de ello se exige, para imponer medidas de seguridad al inimputable, que éste debe haber cometido el acto dolosa o culposamente, ello implica la adopción de un tipo simple o avalorado.

Por ultimo debemos hacer énfasis que el principio de nulla poena sine culpa, por cuanto exige que la conducta sea dolosa o imprudente, se opone al derecho penal de autor<sup>138</sup> y ello por que en la construcción configurativa de estos delitos, lo que desaparece es la posibilidad de verificación subjetiva de la conducta, son por así decirlo, delitos sin exigencia del presupuesto subjetivo, con lo cual se vulnera primariamente el principio de culpabilidad, por cuanto se trata de sancionar meramente el resultado de la infracción normativa, asociando a la misma las características personales del ser humano, pero no su conducta<sup>139</sup>, por lo tanto impidiendo aleticamente la opción de realización en cuanto a la voluntad, o en su caso la no previsión de lo que si era previsible.

La Imputación subjetiva en concreto. Ahora debe examinarse, la cuestión de la necesidad de la imputación subjetiva. Conviene sobre ello expresar que, la exigencia de la consecuencia que se examina requiere, más allá de la relación que se determina entre, conducta realizada y resultado devenido a consecuencia de dicha acción u omisión, la atribución subjetiva de la misma respecto de la persona que lo ha ejecutado<sup>140</sup>, por cuanto el hecho constituye como tal una conducta,<sup>141</sup>; de ahí que ésta que es la única que

---

138. En lo relativo a la neutralización del derecho penal de autor mediante la exigencia de dolo o culpa se ha considerado: "Pero además el principio de culpabilidad como principio básico del derecho penal, también puede implicar una contraposición al derecho penal de autor, pues deslegitima la punición de conductas sin el elemento subjetivo del delito, es decir, a partir de dicho principio ningún hecho o comportamiento humano es valorado como acción o si no es fruto de una decisión, por tanto, no puede ser castigado y ni siquiera prohibido, si no es intencional, esto es, realizado con la conciencia y voluntad necesaria en una persona capaz de comprender y de querer producir un resultado dañoso". Sentencia de Inconstitucionalidad de la Ley Anti Maras p 171 139. Se ha expresado al respecto que: "Los delitos en los cuales no se exige intencionalidad del sujeto pertenecen a un sistema sin culpabilidad, que se refleja en un ordenamiento penal primitivo informado por la responsabilidad objetiva, ligada, no al conocimiento, y voluntad de la acción o del hecho delictivo, sino a un criterio de resultado. Este sistema, en puridad es un ordenamiento que privilegia estructuralmente la función penal de la defensa social y que por ello, descuida el elemento subjetivista de la culpabilidad, reputándolo irrelevante en el plano teórico. Mediante estas figuras delictivas de responsabilidad objetiva, presunta o sin culpa, resultan debilitados también la carga de la verificación empírica de los nexos de causalidad y de imputación que enlazan imputado y delito, junto con el resto de garantías procesales en materia de prueba y defensa". Sentencia de Inconstitucionalidad de la Ley Anti Maras p 172 a 173.

140. Ver HASSEMER Winfried "Persona, Mundo y Responsabilidad..." op cit pp 53 a 54.  
141. Respecto de la Garantía de imputación subjetiva, se ha dicho: "Sin embargo, en el ámbito Penal, no basta únicamente la delimitación del tipo objetivo, siendo indispensable determinar el elemento subjetivo rector de la conducta, sobre todo en delitos como éste donde lo penalmente relevante deviene del riesgo al bien jurídico, en tanto afecta la seguridad del tráfico mercantil, e igualmente concurre el carácter defraudatorio del cheque sin fondos, en la medida que el destinatario lo recibe por considerarlo equivalente al papel moneda, ignorando la carencia de fondos (...). Como sabemos, el dolo es conocimiento y voluntad en la ejecución de una acción prevista como delictiva, lo que para el caso, implicaría un deliberado propósito de girar un cheque sabiendo la carencia de fondos y callando tal circunstancia; por lo cual, el dolo genérico implícito en la figura del cheque sin provisión de fondos, se elimina al comprobarse que el librador no ha engañado al destinatario, si éste aceptó el título valor a sabiendas de la carencia de fondos y, aún más, si frente al conocimiento de la insolvencia del cuentacorrentista, pactó con éste un pago diferido, recibiendo el cheque precisamente para asegurar dicho

puede ser objeto de una imputación, es la que realiza un ser humano, y no la causación de meros resultados, es por ello que se requiere del concurso de criterios de imputación en el ámbito subjetivo que son los que a continuación se desarrollarán.

a) la exigencia que el autor del hecho conozca todos los elementos que conforman el hecho que esta desmerecido en el tipo penal. Con lo anterior se exige el conocimiento del sujeto respecto la realidad sobre la cual desarrollará la conducta.

b) La exigencia que la persona que realiza la acción o omite realizar el acto debido lo haga mediante un acto de propia voluntad, de ahí que el hecho ha de ser querido en la voluntad de la persona. Se exige por ambos criterios conocimiento y voluntad del sujeto respecto del acto que realiza y del resultado que se producirá a partir de del mismo<sup>142</sup>.

c) Pero el conocimiento que se exige en la realización de la conducta y en la derivación del resultado de la misma ha de ser un conocimiento actual y no potencial<sup>143</sup>; ese conocimiento se exige tanto a nivel de la situación fáctica en la cual ocurre el suceso, como de los elementos que estructuran la figura típica. De ahí que, si se trata de elementos descriptivos, es suficiente en el sujeto tenga los conocimientos usuales de cualquier persona, en su misma posición; si se trata de elementos normativos se requiere un conocimiento preciso de las normas que estructuran ese conocimiento conceptual; si se trata de un elementos culturales se requiere el conocimiento ordinario de ese aspecto vivencial-cultural.

d) también se exige en el aspecto de la voluntad que la persona que realiza el acto quiera la consecuencia que de él ordinariamente se producirá, es decir se quiere de manera directa el resultado que el acto produce<sup>144</sup>; también ese resultado puede ser un objetivo que aunque no deseado de manera directa, es el esperado necesariamente de acuerdo al desarrollo de la conducta<sup>145</sup>, o al final, basta con que sin querer directamente el resultado de la acción se asuma el riesgo de su producción, ratificando su suceso en caso que acontezca<sup>146</sup>.

---

pago (...). Con lo expuesto, al tenerse por establecido la ausencia del elemento subjetivo en la conducta de la imputada, resultan innecesarias ulteriores consideraciones, tal como el análisis propuesto por el recurrente sobre el fenómeno delictivo desarrollado por Jakobs, tesis objeto de diversas críticas por otros estudiosos de la materia, pues propugna por una noción ultranormativa de la acción, pretendiendo crear un concepto socializado de delito, restando valor a ciertas categorías ontológicas tradicionales, indispensables para el análisis de cada conducta y su consecuente tipificación. Por otro lado, la Sala comparte el criterio del Tribunal de Sentencia, al sostener que la imputación dolosa del impago del cheque en la fecha acordada por imputada y víctima, lo sería a título de responsabilidad objetiva, pues no otra conclusión puede derivarse de un hecho carente de dolo, tal como antes se analizó". Sentencia de la Sala de lo Penal, de las nueve horas del día tres de junio de dos mil dos.

142. ZAFFARONI Eugenio Raúl, ALAGIA Alejandro, SLOKAR Alejandro "Derecho Penal..." op cit 496.

143. En tal sentido ZAFFARONI Eugenio Raúl, ALAGIA Alejandro, SLOKAR Alejandro "Derecho Penal..." op cit 497.

144. HASSEMER Winfried "Persona, Mundo y Responsabilidad..." op cit p 73.

145. Así ZAFFARONI Eugenio Raúl, ALAGIA Alejandro, SLOKAR Alejandro "Derecho Penal..." op cit p 498.

146. ZAFFARONI Eugenio Raúl, ALAGIA Alejandro, SLOKAR Alejandro "Derecho Penal..." op cit p 498.

De lo anterior puede intelecgrirse que la formulación de los presupuestos anteriores hacen alusión al instituto jurídico del dolo, de ahí que la exigencia del mismo en el ámbito de la imputación subjetiva, trascienda de una mera formulación dogmática, a un elemento que conceptualmente, desde la formulación del principio de culpabilidad, se erige como un límite al poder punitivo del Estado.

De ahí, la importancia de que el hecho cometido bajo el concepto del dolo, debe ser mediante un conocimiento actual, la voluntad de realización debe ser directa, bajo la modalidades que se han anticipado, por que en todas ellas se conoce y quiere la producción del resultado, y precisamente este aspecto es el que permite diferenciar dolo de imprudencia<sup>147</sup>.

Corresponde ahora precisar algunas cuestiones respecto de la imprudencia que es la otra modalidad que se requiere en el ámbito de la imputación para que esta pueda ser objeto posteriormente de un examen de responsabilidad.

La primera aproximación que es menester señalar es que la diferencia entre hecho doloso y culposo, radica en la posición de la persona respecto del resultado, en el hecho intencional siempre se querrá el resultado, en el culposo el resultado es una consecuencia no asumida por la persona; de ahí en los tipos imprudentes, el resultado que se pretende evitar debe estar prescrito con toda precisión.

Otro aspecto a tener en cuenta es mantener la tipificación culposa bajo un sistema cerrado en el cual, únicamente cuando el legiferante considere digna de merecimiento de tutela en sede penal, la conducta culposa será considerada como delito<sup>148</sup>. Ello es imperioso que así sea por cuanto la extensión de la imprudencia al ámbito de la vida ordinaria, bajo la consideración del deber de cuidado, presenta la dificultad de un tipo penal en principio abierto<sup>149</sup>.

Para tratar de menguar lo anterior, se debe tener presente que es necesario evitar en lo posible las formulaciones excesivamente genéricas en los ámbitos de construcción del tipo penal culposo; la formulación precisa sobre ciertas áreas que son más sensibles para la configuración del delito culposo, es un aspecto a considerar. El

---

147. Sobre ello se ha dicho: "Si en la búsqueda de las correctas características del dolo se renuncia a definiciones apriorísticas de tipo ontológico y a desfiguraciones de elementos del dolo, se plantea en primer lugar, desde el punto de vista deontológico, la pregunta de cuál es la razón que justifica que en nuestro derecho penal se incrimine de un modo más grave el comportamiento doloso que el imprudente. Quien no puede contestar a esta pregunta, no podrá fundamentar los límites del dolo en criterios normativos aceptables: qué grupos de casos, situaciones, hechos, han de ser valorados como dolosos y cuáles como culposos no se decide según una presunta naturaleza ante o extrapenal del dolo o de la imprudencia en sí mismos considerados, sino según una lógica normativa, la cual sirve de base al diferente tratamiento penal que reciben los grupos de casos dolosos y culposos; lo que se considera como "ya doloso" o como "todavía culposo" solo puede decidirse en función de la ratio por la que se sanciona con mayor energía el dolo". HASSEMER Winfried "Persona, Mundo y Responsabilidad..." op cit pp 68 a 69.

148. Confrontar CHOCLAN MONTALVO José Antonio "El Delito Culposo". Primera edición. Corte Suprema de Justicia. San Salvador. República de El Salvador. 2001 pp 28 a 29.

149. En tal sentido ZAFFARONI Eugenio Raúl, ALAGIA Alejandro, SLOKAR Alejandro "Derecho Penal..." op cit p 523.

deber de cuidado que se estime no sólo debe estar cimentado en los criterios de prudencia general, sino en los singulares que tenga la persona en relación al hecho que se sucede.

El resultado que se produce debe ser la concreción del acto infractor del deber de cuidado; el resultado de lesión debe ser el previsto en el ámbito de tutela de la norma; y el acto u omisión del acto debido debe ser previsible, de acuerdo a criterios mínimos y personales del sujeto. En la imprevisibilidad importa la no imputación del resultado en el ámbito de la culpa; y la única exigencia cuando concurren eventos que no son previsibles, es la razonable posibilidad de haber advertido lo que podría ser predecible en el ordinario de la vida, según los conocimientos de la propia persona.

F. Principio de Atribución Personal. Como fundamento esencial del principio de atribución personal, se señala la relación necesaria que ha de mediar entre el acto realizado y el aspecto psíquico del ser humano, en cuanto se ve a la persona en relación a la capacidad que tenga para dirigir sus propias conductas<sup>150</sup>.

Es obvio que la consideración del principio de atribución personal, trasciende de los meros actos exteriores del sujeto y de los efectos que el acto produzca, para dirigirse al examen del ser humano en su interioridad, es decir es un enfoque si se quiere holístico en cuanto incumbe a la totalidad del hombre, sus actos y la capacidad para decidir y dirigir sus actos. Sin agotar éste aspecto esencial, no es legítima la imposición de una pena o de una medida de seguridad<sup>151</sup> por cuanto se requiere una normalidad en el ámbito psíquica para comprender el contenido de lo ilícito, y ello configura el principio de imputación personal en sentido estricto<sup>152</sup>.

Precisamente por ello debemos de recordar que la exigencia de atribución personal del acto, siempre ha estado vinculado al tema de la insanía mental, y ello conviene indicarlo no obstante alcanzar tópicos de ciencias naturales. No se trata de un tema neutro, también la locura en cuanto a su definición y alcances, esta imbuída

---

150. VELÁSQUEZ V. Fernando "Derecho Penal..." op cit p 567.

151. Sobre este tópico ZAFFARONI Eugenio Raúl, ALAGIA Alejandro, SLOKAR Alejandro "Derecho Penal..." op cit pp 662 a 663. VELÁSQUEZ V. Fernando "Derecho Penal..." op cit pp 567 a 568.

152. En lo relativo al principio de culpabilidad en sentido estricto o de atribución personal se ha considerado por la Sala Constitucional: "En otro orden y como manifestación del principio de culpabilidad, el subprincipio de imputación personal impide penalizar al autor de un hecho antijurídico que no alcance determinadas condiciones psíquicas, que le permitan un acceso normal a la prohibición infringida. Es lo que sucede en el caso de los inimputables, ya sea por ser menores de edad, ya por causa de enfermedad mental, defecto de inteligencia o percepción, trastorno mental transitorio. Este principio se apoya en la necesidad que el hecho punible pertenezca a su autor no solo subjetiva y materialmente, sino que también como producto de una racionalidad normal que permita verlo como obra de un ser con suficientemente discernimiento. Tal situación se justifica además en el principio de igualdad, pues la exigencia de imputación personal, como presupuesto de la punición de las conductas delictivas, obliga a diferenciar a las personas según sus capacidad de discernimiento delictivo, es decir, sería contrario a la igualdad pretender, que se impongan penas a personas que no gozan de la misma capacidad de motivación normal, siendo que las mismas están previstas para quienes pueden ser motivados por la ley penal; pues frente al sujeto que dispone de una racionalidad que le hace normalmente accesible a la norma penal, es preferible el mecanismo de la motivación normativa y de la pena como respuesta a una infracción normalmente atribuible a su autor". Sentencia de Inconstitucionalidad de la Ley Anti Maras p 176.



de la ideología del control, no se trata de un conocimiento disciplinar aséptico al poder y a la ideología del poder<sup>153</sup>, en tal sentido es ésta una área donde los límites al poder sancionador deben estar presentes quizá con mayor rigurosidad.

Por medio de la consecuencia de la necesidad de atribución personal, se requiere la concurrencia de ciertos presupuestos que permitirán que bajo ciertas condiciones a la persona que realizado un hecho tipificado como delito, pueda responder del mismo como un acto de su propia conciencia: a) la primera exigencia radica en que no es posible imponer pena alguna a quien no tiene capacidad para ser culpable<sup>154</sup>, por cuanto el hecho que realizó no representa un acto gobernado por su racionalidad que implica la exigencia a su propio ámbito de libertad, sin ésta capacidad para dirigir los propios actos de acuerdo a un parámetro de normalidad psíquica no es posible la imposición de pena alguna, por cuanto no es posible exigir motivación a quien ha visto mermada esa capacidad; b) la segunda exigencia del principio de atribución personal, radica ya en el ámbito no de la ausencia de la capacidad psíquica para decidir, sino de la merma significativa, que genere alteraciones o insuficiencias que reducen en la gobernabilidad de los actos<sup>155</sup>.

De ahí que, es menester concluir, que desde el derecho penal de la culpabilidad, no es posible imponer penas, cuando la persona presenta un déficit en el proceso cognoscitivo y comprensivo de la realidad que le circunda, que le hace o no comprender los actos que realiza o no dirigir los actos por un decrecimiento de esa facultad de comprensión psíquica, ello puede generar desde la no exigencia de responsabilidad penal en cuanto pena, a la atenuación especial de la pena, en virtud de un trato diferenciado, por cuanto quien presenta decrecimientos en las facultades comprensivas o volitivas, aún cuando estos no tornen a la persona en inimputable, no puede ser equiparado a la generalidad de las personas, que no presentan estas disfunciones, por lo cual, no es posible de acuerdo al principio de igualdad, partir de un merecimiento de pena en abstracto, es decir para la generalidad de las personas, ello por que, concurre una situación de hecho, que vuelve a quien adolece de una imputabilidad disminuida diferente a los demás y por ende debe ser tratado en razón de esa diferencia con una pena dismín, a la que se depara para la generalidad de los gobernados.

La imposición de medidas de seguridad, en estos casos no es una consecuencia necesaria, ese ideario debe desaparecer del ámbito penal, las medidas de seguridad no se imponen ex profeso

---

153. Sobre los aspectos ideológicos del poder psiquiátrico como forma de control ver BUSTOS RAMIREZ Juan "Control Social y Sistema Penal..." op cit pp 289 a 299.

154. En tal sentido MIR PUIG Santiago "Revisión de la teoría del delito en un estado social y democrático de derecho" en "Crímen y Castigo". Año I Agosto-2000. N° 1. Editorial Depalma. Buenos Aires. Argentina. 2001 pp 193 a 194.

155. VELÁSQUEZ V. Fernando "Derecho Penal..." op cit p568.

por que una persona adolece de una afección psíquica, ello es insuficiente para fundar la imposición de medidas de seguridad, por cuanto la justificación únicamente descansa en el mito del “loco” como persona peligrosa<sup>156</sup>.

G. Principio de Personalidad de la culpabilidad y de la coerción. El cimiento esencial de esta consecuencia, es que la culpabilidad es personalísima, con lo cual se quiere significar que, la misma no es trasferible a ninguna otra persona –que no sea el propio culpable– y ello también debe predicarse de las consecuencias jurídicas del delito –penas o medidas de seguridad– las cuales esencialmente por sus efectos de restricción de derechos fundamentales no deben resultar transmisibles más allá de la persona declarada culpable, que es la única que esta sujeta a pena. En resumen, culpabilidad y sanción punitiva son intransferibles de la persona del justiciable 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 las medidas de seguridad. Corresponde entonces aproximar las cuestiones de mayor relevancia en el ámbito de la garantía de la personalidad, de la culpabilidad y de la pena.

(A) El problema de la pena de prisión y sus efectos deletéreos. La sanción penal se caracteriza en la realidad por su amplio poder de afectación en relación con el goce los derechos fundamentales<sup>157</sup>; de todas las sanciones, esa realidad es mas aguda entratándose de la pena privativa de libertad, y debe reconocerse que la misma, en cuanto a los efectos que produce, no sólo afectan al declarado culpable y responsable del delito, sino que también extiende sus efectos lesivos hacia otras personas que constituyen el entorno social cercano del reo –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.

La anterior realidad, 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; lo cual es compatible con la utilización del derecho penal en su consideración de instrumento de última ratio.

Un aspecto que merece consideración especial es el que se deriva de los modelos actuales de ejecución de pena, que generan una expansión ya desproporcionada sobre la transferencia de las consecuencias de la ejecución de la pena, que trascienden del

---

156. QUINTERO OLIVARES Gonzalo “Locos y Culpables”. Editorial Aranzandi. Pamplona. España. 1999 p 53.  
157. ZAFFARONI Eugenio Raúl, ALAGIA Alejandro, SLOKAR Alejandro “Derecho Penal...” op cit p 886.

condenado a terceras personas estrechamente vinculada al reo. Precisamente nos referimos 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, relacionado con el régimen de ejecución de la pena –aspecto cualitativo de la pena– que se prescribe a partir del artículo 45 N° 1 del Código Penal. Normas como las anteriores, son expansoras de las consecuencias de la pena a terceros que no tienen por que soportar el exceso de las consecuencias penales, de ahí que el principio de personalidad de la culpabilidad y de la pena se vea transgredido por normas que de manera irrazonable, hacen trascender los efectos de la pena a personas distinta del culpable.

Lo anterior no sólo viola el principio de que la pena es personalísima, derivado esencial del principio de culpabilidad, reconocido en el artículo 12 Cn, sino que además vulnera el artículo 5.3 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos que garantiza que la pena es una consecuencia personal del delito para quien lo ha ejecutado, y que no puede extenderse más allá de lo razonable a otras personas<sup>158</sup>. 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 afectadora de otras normativas internacionales.

(B) El caso de la prisión preventiva. Las afectaciones al principio de culpabilidad no necesariamente se materializan en el ámbito del derecho penal de fondo; también en el ámbito del derecho procesal penal, pueden sucederse estas transgresiones, pero también en esta área del derecho, es posible hacer prevalecer el principio de culpabilidad como instrumento de garantía. La lesión material del principio de culpabilidad, en el área de la coerción procesal, esta fundamentada en la modificación de algunos supuestos de la detención provisional.

La actualidad de la doctrina y también en la jurisprudencia constitucional, se ha esforzado por delimitar y diferenciar correctamente la detención provisional de la pena de prisión, haciéndose énfasis, en que ambas medidas de coerción responden a propósitos distinta naturaleza, de tal manera que las mismas –pena de prisión y detención provisional– 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

---

158. El texto literal reza: "La pena no puede trascender de la persona del delincuente".

las mismas finalidades<sup>159</sup>.

Ahora bien, la garantía que se examina estatuye que la culpabilidad y la pena son personalísimas, ello significa que la persecución penal y las medidas coercitivas, que se incorporan para investigar y determinar la imputación sobre la cual posteriormente podrá derivarse el juicio de culpabilidad, 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 procesal 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 atribuidos otras personas, distinta de quien sufrirá la medida cautelar de prisión preventiva; es por ello que la detención tomando como parámetro “la alarma social que su comisión haya producido o la frecuencia con la que se cometan hechos análogos...” es violatoria del principio de culpabilidad, en relación a los hechos análogos cometidos, por que éstos no son imputables al justiciable; y en cuanto al fundamento de la alarma social que el hecho produzca, debe de recordarse que la pena es el instrumento que modestamente podría generar algunos efectos –simbólicos– de prevención general, pero ello no es atributo de la detención provisional, que no constituye

---

159. 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, SORIANO RODRÍGUEZ Salvador Hector, MARROQUIN GALO Fernando, JOSÁ María Antonieta, SALAZAR TORRES Godofredo y CRUZ AZUCENA José Manuel “Ensayos N° 1. Tres Temas Fundamentales sobre la Fase Inicial del Proceso Penal”. Consejo Nacional de la Judicatura. Escuela de Capacitación Judicial. San Salvador. El Salvador. 1999 pp 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 Courts. 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

ni es una pena, que responde a otros criterios, propios de las medidas cautelares –instrumentalidad, necesidad, variabilidad etc– y que en todo caso se hace recaer sobre una persona que jurídicamente desde la Constitución es inocente.

(C) El problema de imputación en 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, es una consecuencia de la estructuración de la acción en el sentido de estar predicada sobre la base de la imputación para personas humanas<sup>160</sup> y por ende no pueden ser objeto de penas en el ámbito del derecho penal; aunque como se advierte por la doctrina, este ideario en el actual estado de cosas, se esta viendo fuertemente cuestionado, sobre todo en atención a los denominados “delitos de empresas” y a las actuales visiones de las sociedades de riesgo, de ahí que se configuren como ámbitos de riesgo respecto de la actividad de empresas: a) actividades de peligro contra el medio ambiente; b) actividades de peligro dentro de la actividad empresarial; c) actividades de peligro respecto de los productos para los consumidores; d) actividades de peligro en los medios de transporte; e) actividades de peligro en las actividades de investigaciones transgénicas y genéticas.

De ahí que, las opciones que se presentan, van desde: 1) admitir una suerte de responsabilidad civil especial de las personas jurídicas; 2) a establecer la transferencia de calidades especiales de la persona jurídica, a la persona natural que realiza la conducta delictiva utilizando la estructura del ente ficticio, con lo cual se admite como modalidad de autoría la figura del “actuar por otro”; 3) La consideración de que las personas jurídicas como tales, deben responder penalmente por el delito que se les atribuya, para lo cual se edifica todo un sistema de imputación y de sanciones acordes a la naturaleza de las personas morales; 4) a la consideración de que las personas jurídicas deben ser sometidas a una especie de medidas asegurativas.

En nuestro ordenamiento se ha optado por la formula 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 la personas naturales que realizaron el comportamiento delictivo, los cuales, de no concurrir esa transmisión de calidades, no tendrían típicamente la 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.

---

160. Así se ha indicado “Tampoco son acciones conforme al Derecho penal alemán los actos de personas jurídicas, pues, dado que les falta una sustancia psíquico-espiritual, no pueden manifestarse a sí mismas. Sólo ‘órganos humanos’ pueden actuar con eficacia para ellas, pero entonces hay que penar a aquellos y no a la persona jurídica”. ROXIN Claus “Derecho Penal” pp 258 a 259.

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.

(D) La cuestión de la tipicidad cumulativa. Quizá convenga por lo menos hacer un síntesis sobre problemas actuales que se suscitan respecto del principio de culpabilidad. Uno de ellos es la criminalización de nuevas conductas delictivas respecto de innovadores bienes jurídicos que se dotan de autonomía, —por ejemplo el medio ambiente—<sup>161</sup> y que han generado la discusión, en relación a las nuevas formas de ejecución de estos delitos no convencionales, de si las formas cumulativas de tipicidad, podrían vulnerar el principio de culpabilidad en la modalidad de que la culpabilidad es singular e intransferible.

El aspecto de la discusión tiene como fundamento que si la culpabilidad se predica personal, la imputación del injusto típico, debe ser también personal, y ello es aplicable a la realización de la conducta personal; en otras palabras, si la culpabilidad y la pena se preconizan de personalísimas, la tipicidad de la conducta también debe ser personalísima, bajo el criterio que sólo sobre los hechos típicos que cometa el autor puede recaer el juicio de culpabilidad, sin que a la persona puedan serle atribuidos, conductas cometidas por otras personas.

Digamos que en los delitos convencionales, las cuestiones de imputación personal no habían derivado en una problemática más sustancial, que la que involucraba las cuestiones de autoría; sin embargo las nuevas formas de criminalidad, en especial las que se hacen descansar sobre construcciones típicas no convencionales, entrañan también nuevos problemas en los ámbitos de la imputación. De ahí es que un sector del pensamiento penal hace alusión a las

---

161. 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 pp 42 a 43.

denominadas formulas de tipicidad cumulativa –que según Kunhlen–<sup>162</sup> son aquellas 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 –<sup>163</sup> por sus efectos cumulativos.

Una aproximación a lo anterior indica que 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 provoca examinar si comprometen los fundamentos del principio de culpabilidad, puesto que el sustrato típico, es decir los hechos sobre los que recae la subsunción y sobre los cuales se predicara la culpabilidad no provienen con exclusividad del autor<sup>164</sup>.

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 –como lo expresamos, es merecedora de una profunda reflexión, 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.

H. Principio de Conocimiento. Otro aspecto que es sensible para el principio de culpabilidad, es la consecuencia de la exigencia de conocimiento tanto del hecho típico como de la prohibición, por cuanto de no mediar éste nivel de exigencia en la persona del autor, no le es predicable un juicio de exigibilidad en cuanto a la motivación de sus actos, respecto de la infracción de las normas y de la afectación de los bienes jurídicos. Anteriormente esta consecuencia

---

162. 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". Tiran lo Blanch. Valencia. España. 1982 p. 178.

163. 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.

164. 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". 1ª edición. San Salvador. El Salvador. 2000 p. 31.



del principio de culpabilidad era rechazada sobre todo bajo el apotegma de “error iuris nocet o ignorantia iuris non excusat” axioma bajo el cual el desconocimiento de la ley no eximía a nadie de responsabilidad penal<sup>165</sup>.

En la actualidad la vetusta ficción que presumía conocido todo el derecho que produce el orden político, es una aporía al menos en los ámbitos del derecho sancionador; de ahí que las vigencias de la utopía –que en otras áreas del derecho se admite – es inadmisibles en el ámbito del derecho penal, con lo cual los criterios de que la ignorancia de la ley o el error sobre la misma o sobre la realidad en la cual se desarrolla la conducta no son causas que eximan de responsabilidad penal, están vedadas en el entorno del sistema penal por vigencia del principio de culpabilidad<sup>166</sup>.

Las cuestiones que se examinarán son las siguientes: (a) La persona que ha desarrollado una conducta sobre la base de una situación errática, no puede ser objeto de punición, ello por que no sería legítimo sancionar a quien ha orientado su decisión y su conducta merced a una realidad equivocada, ora por que ha errado sobre la comprensión de la ilicitud de alguno de los elementos del tipo penal, ora por que la equivocación ha tenido una falsa percepción de la facticidad en la cual la persona se encontraba desarrollando sus actos, de ahí que cuando el error ha sido sustancial para la realización de la conducta, ello impide que la persona pueda ser objeto de una sanción<sup>167</sup>.

Acorde con el principio de culpabilidad y con la consecuencia del principio de conocimiento, si la persona se ha encontrado en una situación de error relevante respecto a la materialidad del hecho que ejecuta o la comprensión de los elementos del tipo penal, su responsabilidad penal se encuentra excluida, si se quiere un nivel de precisión diremos que en este caso, al situarse el error en el conocimiento de lo típico, por afectación de la capacidad de conocimiento, el dolo resulta excluido, cuando esa situación errática era insalvable para la persona en el caso particular, por cuanto se requiere que el dolo como conocimiento abarque los elementos del tipo penal<sup>168</sup>.

Precisamente la relevancia del error ha de medirse por la capacidad de conocimiento que tenía la persona en relación a la situación en la cual se encontraba. Ahora bien cuando el defecto del error no es de la entidad para ser insalvable, la consecuencia es que la imputación dolosa, desaparece, precisamente por que

---

165. En tal sentido ver DÍAZ YGARCÍA CONLLEDO Miguel “Los Elementos normativos del tipo penal y la teoría del error” en “Estudios Jurídicos” en Memoria del Profesor José Ramón Casabó Ruiz. Primer Volumen. Universitat de Valencia. Valencia. España. 1997 pp 678 a 679.

166. ZAFFARONI Eugenio Raúl, ALAGIA Alejandro, SLOKAR Alejandro “Derecho Penal...” op cit p .507

167. Sobre ese aspecto se pronuncia VELASQUEZ V. Fernando “Derecho Penal...” op cit pp 294 a 295.

168. PUPPE Ingeborg “Error de hecho, error de derecho, error de subsunción” en “El Error en el Derecho Penal” AA. VV. Primera edición. AD-HOC. Buenos Aires. Argentina. 1999 pp 89 a 90.

concurriendo el error impide la formación de un conocimiento y voluntad en cuanto a la ejecución de la conducta como querida<sup>169</sup>; pero dado que la situación errática podía ser superada, es posible la imputación por culpa del hecho, si se satisfacen debidamente los parámetros de adecuación de la imputación culposa<sup>170</sup>.

(b) La otra cuestión que debe considerarse es el error que procede por ignorancia normativa, en el sentido de saber que la conducta que se ejecuta, esta prohibida con rango de delito, merece indicar desde ya que esta particularidad, no afecta –por regla general – las cuestiones de la imputación típica, y debe ser examinada a nivel de la exigencia de culpabilidad en relación directa a la conciencia de lo ilícito<sup>171</sup>.

Desde las perspectivas de la teoría del error, la falta de conocimiento es una cuestión similar al conocimiento errático. De ahí que, conforme al principio de culpabilidad, es sostenible que quien desconozca de manera invencible la existencia de una prescripción penal, en relación con el hecho que ejecuta, no puede ser sujeto a la consecuencia de la pena. La anterior consecuencia en su momento casi significó un cisma en el derecho penal, en relación a las consecuencias que se podría producir, si se admitía esta garantía derivada del principio de culpabilidad, sin embargo, estas funestas consecuencias nunca se concretaron<sup>172</sup>.

En resumen, lo que podríamos indicar es que quien actúa en una situación de error prohibitivo, sea directo o indirecto, cuando dicho error es insalvable, la consecuencia es la exclusión de la culpabilidad –para un sector de la doctrina– con lo cual no procede la imposición de una pena, empero si la situación de error es superable, la exigencia de la culpabilidad se mantiene, por lo cual es plausible la imposición de una pena, sólo que mitigada por la situación del error que ha concurrido pero que era superable, de ahí que algunos modelos en la determinación de la culpabilidad opten por una pena especialmente atenuada; mientras otros modelos, prefieren imputar cuando se trata de un error indirecto, la solución de un delito imprudente<sup>173</sup>.

I. Principio de prohibición de doble incriminación. Este axioma se ha considerado que es una modalidad del principio de *Ne bis in idem* sólo que materializado en el ámbito del derecho penal

---

169. FRISCH Wolfgang "El error como causa de exclusión de lo injusto y/o como causa de exclusión de la culpabilidad" en "El Error en el Derecho Penal" AA. VV. Primera edición. AD-HOC. Buenos Aires. Argentina. 1999 p 29.

170. VELASQUEZ V. Fernando "Derecho Penal..." op cit p 422.

171. En tal sentido ver DALL'ANESE Francisco "Derecho Penal: lo científico y lo político en "Democracia, Justicia y Dignidad Humana. Homenaje a Walter Antillon Montealegre. Juan Marcos Rivero Sánchez, Javier Lobet Rodríguez. Compiladores. Editorial Jurídica Continental. San José. Costa Rica. 2004 p 149.

172. Sobre ello NIETO MARTÍN Adán "El Conocimiento del Derecho". Un estudio sobre la vencibilidad del error de prohibición. Atelier. España. 1999 p 19.

173. Por ejemplo sigue está sistemática en Costa Rica DALL'ANESE Francisco "Derecho Penal: lo científico y lo político..." op cit p 149.

sustantivo<sup>174</sup>. La prohibición precisa radica en que no es posible imputar más de una vez la misma conducta a una persona; la otra dimensión del principio de doble incriminación descansa en la imposibilidad de que se haga una doble valoración sobre un mismo hecho generador, y que a partir de esa duplicado en la valoración de un mismo hecho, se agrave la culpabilidad y la pena. Como consecuencia de esta garantía se impide desproporciones tanto en el ámbito del procesamiento, el cual significa ya un estado aflictivo para el justiciable –pena forense– como la desproporcionalidad en la sanción, que significaría un exceso en el ámbito punitivo.

Si se quisiera apostillar sobre lo anterior se indicará que son formas de violar el principio de doble incriminación: a) la doble valoración de circunstancias modificativas de la responsabilidad penal; b) la doble valoración de los elementos objetivos del delito, cuando se después se desvaloran en el juicio de culpabilidad al graduarse el desvalor del hecho; c) la doble valoración de una circunstancia modificativa de la responsabilidad penal, que después se aprecia como circunstancia modificativa especial; d) la prohibición de la doble valoración de la misma circunstancia agravante, que se desvalora especialmente en el tipo penal; e) la prohibición de doble valoración de elementos subjetivos del delito, cuando desvalorados en la graduación del injusto, ya no pueden ser desvalorados como móviles al desvalorarse la culpabilidad.

Por último, es menester reconocer, que unos de los instrumentos importantes para reducir la posibilidad de la doble incriminación es la utilización del concurso aparente de leyes o normas penales; por cuanto la esencia de los postulados del concurso aparente, como lo son los criterios de especialidad, de subsidiariedad, y de consunción; descansan en la prohibición, de penalizar doblemente o múltiplemente un único hecho; por ello, es que esta garantía es una derivación del axioma de la culpabilidad, e inclusive vinculada muy estrechamente al principio proporcionalidad, puesto que resulta irrazonable, que a una persona le sean impuestas diversas penas, ante la subsunción de la conducta, en varios tipos penales, cuando el hecho generador es uno sólo, y éste puede reconducirse a una exclusiva tipicidad, que desvalora de manera completa la conducta del justiciable.

De ahí que, el concurso aparente de normas es un excelente instrumento para evitar estas múltiples penalizaciones, y ello no es cuestión pueril, en la realidad forense, se imputan a partir de una conducta, diversas calificaciones de delitos, lo cual es un riesgo

---

174. Así se dice: "Aunque no está expresamente consagrada en la legislación argentina, es una cuestión de lógica jurídica y expresión de non bis in idem el principio según el cual cuando una circunstancia está contemplada en el tipo legal no debe ser tomada en cuenta para la cuantificación de la pena, lo cual se conoce doctrinariamente como prohibición de doble desvaloración. Esta regla elemental impide que una circunstancia, cuando forma parte de la descripción típica en su determinación básica o cualificada pueda ser considerada entre los criterios que agraven la pena pues ya integra el desvalor del injusto que se reprocha. ZAFFARONI Eugenio Raúl, ALAGÍA Alejandro, SLOKAR Alejandro "Derecho Penal..." op cit p 1000.

inadmisible para el justiciable y una erogación excesiva para el Estado, por lo que significa la eficacia de la investigación. Precisamente, para evitar esos excesos en la adecuación de los hechos, es que se utiliza el concurso aparente de normas.

J. Principio de diferenciación en los ámbitos externos e internos de la imputación. La exigencia de la consecuencia aludida, parte de dos grandes axiomas el de igualdad y el de razonabilidad, y se vincula al principio de culpabilidad, en cuanto a que de no observarse el principio de diferenciación, los ámbitos de la dosimetría de la pena, se vuelven excesivos y por ende desproporcionados, lo cual vulnera el segundo gran contenido del principio de culpabilidad que estatuye que la pena debe ser proporcionada a la culpabilidad<sup>175</sup>.

El principio en su esencia señala que, las graduaciones de los niveles de imputación tanto de aquellos que son externos –objetivos– como de aquellos que son internos –subjetivos– deben presentar, según los parámetros de sus respectivas gravedades, un tratamiento desigual y diferenciado para los que se sitúen en distintos niveles, por cuanto el grado de reproche y de gravedad es distinto, de lo contrario la regla de equiparación que llevaría a no regular un trato diferenciado, significaría un tratamiento desigualitario, por cuanto trataría como iguales a quienes se encuentran en distintas condiciones, en este caso respecto de los niveles de imputación<sup>176</sup>.

Huelga decir, que la materialización de éste principio no se colma con la diferenciación meramente normativa en el supuesto prescriptivo de la norma penal, para que el principio sea funcional, es necesario que la diferenciación se haga en el ámbito de la pena, pero no desde la generalidad, por que la generalidad misma, ya tiene un desvalor que está fijado con anticipación, de ahí que el cumplimiento del principio en el ámbito normativo implica la creación de supuestos normativos especiales que consideren especialmente el aspecto diferencial de los intervinientes, con un trato disímil respecto a la generalidad, precisamente por este motivo es que la determinación de la pena según el merecimiento de pena del tipo penal no resuelve el problema, por cuanto el tipo penal y su merecimiento está determinado in genere sin tomar en cuenta la cláusula de diferenciación.

Algunas manifestaciones concretas del principio de diferenciación en cuanto a las consecuencias de la imposición de la pena son las siguientes: a) la penalidad de las resoluciones manifestadas cuando se incriminan como tipos penales autónomos, no puede ser equiparable a la penalidad de la tentativa, ni mucho menos a la del delito consumado; b) la penalidad del delito imperfecto debe ser diferenciada a la penalidad del delito consumado; c) la penalidad asignada a los autores debe ser diferenciada a la penalidad

---

175. En tal sentido HASSEMER Winfried "Persona, Mundo y Responsabilidad..." op cit p 57.

176. En tal sentido HASSEMER Winfried "Persona, Mundo y Responsabilidad..." op cit p 55 a 56.

de los partícipes; d) la penalidad del delito imprudente no debe equiparse a la penalidad del delito doloso; e) la penalidad de quien obra bajo situación de error vencible debe ser disímil de quien no obra bajo la misma circunstancia; f) la penalidad para el imputable debe ser diferente a la penalidad del semi-imputable o a quien adolece de una imputabilidad disminuida; g) la penalidad del delito de lesión debe ser diferenciada de la penalidad del delito de peligro; h) la jerarquía del bien jurídico es rector de instra-sistemático en el diseño del merecimiento de pena en abstracto.

## 1.5 PRINCIPIO DE PROHIBICIÓN DE EXCESO.

A. Significación. Quizá lo primero que debe de indicarse respecto del principio de prohibición de exceso, visto desde la óptica penal, surge como un límite para el legislante, fundamentado en la reserva respecto de la legalidad de la pena, así como de la dignidad de las personas<sup>177</sup>. Ello involucra la grave responsabilidad del poder legislativo, por cuanto es el ámbito de la creación de la incriminación penal, cuando se debe ponderar la dosimetría abstracta que se dispondrá como consecuencia jurídica de la inobservancia del precepto penal<sup>178</sup>, teniendo ya en ciernes –aún en el ámbito abstracto– la valía del bien jurídico que será tutelada por la norma penal. Esta afirmación no es novedosa, desde la época de Montesquieu se anunciaba que la pena que no era absolutamente necesaria era tiránica<sup>179</sup>.

Y es que debe de repararse –aunque sea una perogrullada, pero a veces se olvida– que la pena es el recurso más extremo con el cual cuenta el poder estatal y que como opción extrema es la más

---

177. Ver FERRAJOLI Luigi “Derecho y Razón...” op cit p 395.

178. En lo relativo a la prohibición de penas desproporcionadas en abstracto, se ha indicado: “Las penas de prisión que el legislador determine, deben respetar la dignidad del ser humano, y la finalidad resocializadora de la pena; por ello mismo, no pueden ser excesivas, por que en lugar de socializar, por su mayor duración lo que producirá será un déficit en la reincorporación del individuo a la sociedad. Es por ello que aunque el legislador tiene libertad de configuración para disponer que penas fijará, esta discrecionalidad no era absoluta ni arbitraria, es una facultad regulada por la misma Constitución, que la subordina a los principios de dignidad humana y de una pena utilitaria hacia la readaptación del condenado. De ahí que si la pena es ya excesiva en su determinación por el legislante, cuando fija los límites abstractos de la pena en sus rangos mínimos y máximos, esa pena por estar desprovista de la finalidad resocializadora es lesiva del principio de readaptación de la pena de prisión, que en un lenguaje más técnico se centra en la vigencia del principio de prohibición de exceso de la pena, el cual es propio del principio de culpabilidad que ya se reconoce en el artículo 12 Cn. La culpabilidad como garantía, no sólo opera para imponer una pena, en el sentido que la persona debe ser culpable, sino también la culpabilidad como garantía funciona cuando la pena a imponer no puede sobrepasar ese grado de culpabilidad. Las penas excesivas en abstracto fijadas por el legislador, quebrantan éste principio, puesto que la pena en su mayor volumen sólo obedece a fines de un mayor castigo del delito, lo que no es constitucionalmente válido cuando por esa laxitud de la pena, ésta se vuelve desproporcionada. Tribunal Tercero de Sentencia de San Salvador. 09-08-02.

179. Es importante citar en este contexto que la Declaración Francesa de 1789 en su artículo 8° prescribía que: “La loi ne doit établir que des peines strictement nécessaires et nul ne peut être puni qu’en vertu d’une loi établie et promulguée antérieurement au délit et légalement appliquée” o “La ley no debe establecer sino las penas estrictamente necesarias y ninguno podrá ser castigado sino en virtud de ley establecida y promulgada con anterioridad al delito y legalmente aplicada”. DORANTES TAMAYO Luis Alfonso “Filosofía del Derecho...” op cit p 269.

violenta de todas para enfrentar el conflicto del delito. De ahí que la pena debe ser un instrumento –por que no es un fin en sí mismo – que debe ser utilizado sólo en casos de extrema gravedad<sup>180</sup>, y ello es predicable desde los ámbitos definitorios de la incriminación penal; ello debe ser objeto de mención por cuanto el derecho penal de la actualidad y la crisis del estado en todos sus ámbitos, permite que el derecho penal sea objeto de manipulación, y mucho más en el instrumento de merecimiento de la prohibición, con lo cual se descarga la responsabilidad de los gobiernos y de la clase política, mediante las ofertas de una mayor drasticidad en la pena, para paliar las demandas del cuerpo social ante la disparidad de conflictos que agobian al mundo de la postmodernidad.

Precisamente, el principio que se desarrolla –*Poenam debet commensurari delicto*– implica reconocer que la pena, como potestad estatal, no se justifica cuando no es una repuesta para la tutela o las ofensas de bienes jurídicos trascendentales y para la convivencia de la sociedad; y ello cuando no concurren otras alternativas, más idóneas para la mediación y solución del conflicto.

Ciertamente éste debería ser el criterio rector en materia de política sancionatoria, por cuanto, todavía se recurre de manera casi generalizada a la pena privativa de libertad, signo del no reconocimiento pleno del principio de necesidad de la pena; de ahí que, un sistema alternativo de penas, que no sólo descansen en la pena de prisión, y que se construya de una manera eficaz y practicable, es un importante paso para dar vigencia al principio que se examina.

B. Principio de necesidad. En cuanto a la necesidad de pena, debe precisarse que este axioma que indica que las penas y medidas de seguridad únicamente deben ser impuestas cuando sean necesarias<sup>181</sup>, esta erigido sobre el principio de mínima intervención del derecho penal, que en este caso se refiere a la utilización de última ratio en materia de política de penas, de ahí que, la imposición de una pena o medida de seguridad, debe ser una especie de ulterior recurso, ello implica reconocer que, por una parte, está la cuestión de prescindir de la imposición de una pena; y por otra, la cuestión de mutación de la pena de una que es más restrictiva a otra menor entidad, y dentro de esta última modalidad queda comprendida la ejecución de la pena.

En cuanto a la necesidad de la pena, debe despejarse un dogma que hasta hace poco lustros, imperante en el ámbito del derecho penal, predicaba que a delito cometido culpablemente, fatalmente debería corresponder la imposición y ejecución de una pena; esta visión es una especie de retribucionismo absoluto, por el cual, para purgar completamente la culpabilidad, era necesaria

---

180. FERRAJOLI Luigi "Derecho y Razón..." op cit p 396.

181. Sobre la necesidad de la pena ROXIN Claus "Derecho Penal..." op cit pp 983 a 984.