

la imposición de la pena, por cuanto sólo así se afirmaba la validez del derecho.

Obviamente, este postulado comenzó a reducirse, con el advenimiento de los subrogados penales, que permitían la no ejecución de la pena o su ejecución incompleta, mediante las opciones de prevención especial positiva; y en la actualidad se ha avanzado más cuando se sostiene que por fines de prevención especial –sin que mengüe el aspecto mínimo de la prevención general– es posible no imponer pena al culpable o no ejecutarla, si con ello se logran los fines del derecho penal, y teniendo en cuenta que el recurso a la pena generaría un mayor costo que beneficio en el caso en particular.

Ahora bien, debe examinarse si conforme al principio de necesidad de pena del artículo 5 CP, que es un principio rector, en este caso derivado del principio de prohibición de exceso, derivado a su vez del principio de proporcionalidad –rector en materia de política criminal– es posible no imponer pena o medida de seguridad cuando estas no sean necesarias, y fuera de los casos en principio reconocidos por la ley penal¹⁸².

La cuestión es de vital importancia, si partimos de una construcción integrativa de la pena en cuanto a su fundamentación, ello podría ser posible; por cuanto que la pena no se fundamente en la absoluta retribución, y que tenga fines instrumentales, es una cuestión que se deriva del programa constitucional de la pena que admite tanto fines de prevención general como de prevención especial en sus aspectos positivos se aspira a que la pena procure la readaptación y la prevención del delito.

Ahora bien, esos fines de la pena en la visión de la Constitución, no deben entenderse absolutos, por cuanto se encuentran limitados por otros principios de igual rango, de ahí que, el límite para tales efectos preventivos de la pena, surja precisamente del principio de culpabilidad, también reconocido en el artículo 12 de la Carta Magna. En virtud de lo anterior es dable sostener, que los fines de prevención general y especial, en cuanto a la imposición de una pena, encuentren su correspondiente limitación en el grado de culpabilidad, las penas no pueden en virtud de los fines signados, rebasar el grado de culpabilidad que le corresponde al justiciable, así el grado de culpabilidad, al final es el límite de la pena¹⁸³, esta es una derivación propia de la limitación del poder penal en virtud de los principios aludidos.

182. En el ámbito de la dogmática penal, también existen claras manifestaciones del principio de necesidad de pena, baste señalar el régimen del perdón del ofendido, tanto en los delitos de acción privada como en los de previa instancia particular, previsto en el artículo 107 CP y el caso de enfermedad incurable en período terminal, artículo 108 CP; así como el caso de perdón judicial fundado en los artículos 82 y 96 número 7 CP.

183. En tal sentido ROXIN Claus "La evolución de la Política Criminal, el Derecho Penal y el Proceso Penal". Traducción de Carmen Gómez Rivero y María del Carmen García Cantizano. Tirant lo Blanch. Valencia. España. 2000 pp 72 a 73.

Bajo este orden de ideas, la pena si es posible por una parte que descienda por abajo del grado de culpabilidad¹⁸⁴, si así lo aconsejan, situaciones de prevención especial que es particular e individual del justiciable, y si ello afecta esencialmente los aspectos de prevención general; de igual manera, tal como la pena puede ser fijada por debajo de sus límites normales, la misma puede prescindirse, si ésta es innecesaria de acuerdo a los fines de prevención especial, y siempre que mantengan incólume los parámetros de prevención general. La formulación propuesta, parte de una idea esencial, en toda la sistemática del derecho punitivo, la favorabilidad de las normas penales en beneficio del justiciable y no en su perjuicio.

Nótese que esta forma de entender el principio de necesidad de pena, pasa por que se cumplan también los fines preventivos del derecho penal, los cuales no pueden ser puestos en riesgos. Para aclararlo con un ejemplo, una persona con una excelente formación académica insertada exitosamente en el orden social, que ha cometido un delito por ejemplo no convencional, estará necesitada del ámbito de prevención; la disvaliosidad de la conducta, a quien por ejemplo podría exigírsele más, indicaría que su contexto no lo excluye de la dimensión de la prevención especial; otra cosa es que tipo de ejecución de pena, habría que asumir respecto de la persona para que, dicha pena sea de utilidad; pero tampoco, de acuerdo a los fines preventivos generales positivos, la no imposición de pena, de no utilizarse razonadamente, trastocaría los ámbitos de igualdad del derecho penal; es por ello que es conveniente aclarar que, para estas decisiones en cuanto a la necesidad de la pena por disminución o por renuncia, no puede haber un marco absoluto, cada caso en particular debe ser contrastado con la necesidad o no de la pena y de los fines preventivos de acuerdo a las características particulares del hecho y de la persona; siendo precisamente este marco de diferenciación el que permitirá apreciar cada caso en particular.

B) principio de Proporcionalidad de la pena. Es conveniente indicar que el principio de proporcionalidad en sentido estricto, es una clara manifestación del principio de culpabilidad, e implica precisamente, la ponderación de la gravedad del injusto y de la culpabilidad, para graduar la pena que sea proporcionada al hecho y la culpabilidad por el hecho mismo¹⁸⁵; por ello, la manifestación concreta de dicho principio, se enmarca dentro del ámbito regulador de las consecuencias jurídicas del delito, es decir se abarca tanto a las penas como a las medidas de seguridad.

Precisamente por eso, no es ocioso manifestar, que justamente

184. Sobre los límites del principio de culpabilidad en relación a la necesidad de la pena, y fijación por debajo del grado de culpabilidad se ha dicho: "Por el contrario, desde el punto de vista de teoría de la pena no hay objeción alguna contra una pena cuya cuantía se quede por debajo de la medida de la culpabilidad. Ciertamente la pena no puede sobrepasar la medida de la culpabilidad, pero puede no alcanzarla siempre que eso lo permita su fin preventivo. ROXIN Claus "Derecho Penal..." op cit pp 100 a 101.

185. Ver LUZÓN PENA Diego-Manuel "Curso de Derecho Penal..." op. cit pp 85 a 86.

la cuestión de la proporcionalidad, surgió de la necesidad de graduar la medidas de seguridad, que tenían una duración indeterminada, propia de la ideología del tratamiento terapéutico. Corresponde aquí examinar la dimensión del principio de proporcionalidad en sentido estricto, desde una doble vertiente: a) la de necesidad de pena o medida de seguridad; b) la de proporcionalidad de la pena y de la medida de seguridad.

En cuanto a la proporcionalidad de la pena, deben manifestarse dos concreciones del principio de necesidad. La primera de ellas alude a la denominada proporcionalidad de la pena en su merecimiento abstracto¹⁸⁶. Para ello se requiere que exista una proporción entre la configuración de la conducta prohibida por el tipo penal, y la pena que en abstracto se determine respecto del tipo penal¹⁸⁷; en este punto, la necesidad de un ponderado examen intrasistemático, de los tipos penales, respecto de la jerarquía de los bienes jurídicos tutelados, será el mejor instrumento para cumplir con este mandato del principio de proporcionalidad que en este caso esta dirigido a quien configura la conminación penal, el legislante, pero los jueces no son ajenos a esta problemática, por que aún respetando el amplio margen de libertad configurativa que tiene el legislante, en la determinación de lo punible, corresponde al juez, ejercer el control de constitucionalidad sobre este aspecto tan esencial.

186. Sobre ese aspecto se ha dicho: "En la previsión legislativa de la pena correspondiente al delito el principio de proporcionalidad requiere una relación de adecuación entre gravedad de la pena y relevancia del bien jurídico que protege la figura delictiva y a su vez entre la misma y las distintas formas de ataque al bien jurídico que la conducta delictiva puede presentar. Como todo juicio de proporcionalidad se resuelve éste en valoraciones y comparaciones, es decir en una ponderación. Como catálogo de orientaciones puede decirse que las penas más graves deben reservarse para los delitos que ataquen los bienes jurídicos más fundamentales, por lo que la medida máxima de las penas bien podría establecerse a partir de los delitos contra la vida y la salud, situándose estos bienes en la cúspide del ordenamiento jerárquico de bienes jurídicos como parece propio de un Estado social y democrático de derecho". BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE Ignacio, ARROYO ZAPÁTERO Luis, FERRE OLIVÉ Juan Carlos, SERRANO PIEDECASAS José Ramón, GARCÍA RIVAS Nicolás "Lecciones de Derecho Penal". Parte General. Editorial Praxis. Barcelona. España. 1996 p 51.

187. En relación al principio de proporcionalidad se ha manifestado. "El principio de proporcionalidad supone una pena adecuada a la culpabilidad, pero sujeta a los fines preventivo generales positivos, así como a los fines preventivos especiales positivos de la pena; teniendo como límite el grado de culpabilidad sobre el hecho. Sólo la pena proporcional, responde en el plano dogmático a las necesidades de prevención general y especial; de ahí que la pena, quede deslegitimada cuando su fundamento es el castigo, la expiación, la retribución pura y absoluta del hecho, el ejemplarizar ante los demás o el inocular al hombre, todos esos fines que pretenden ser esenciales, afectan la razonabilidad de las penas, por que son desproporcionadas y atentan contra la dignidad humana. El principio de proporcionalidad, se vincula necesariamente, a los presupuestos de un derecho penal, que sean propios de un régimen democrático, propio de un Estado Constitucional de Derecho, ello significa, que tal principio, homologa el carácter subsidiario del derecho penal, que no sólo se justifica constitucionalmente, cuando su intervención es necesaria para tutelar bienes jurídicos; y esa intervención, no es de prima ratio sino de última, ante los ataques más intolerables para los bienes jurídicos más trascendentales; tal fragmentariedad, es aplicable a la pena como mecanismo restrictor de derechos, su intervención como pena privativa de libertad, debe ser la última opción y siempre proporcional, sin sacrificar en exceso el derecho a la libertad, en cuanto a su núcleo esencial. La pena por ende no debe ser desproporcionada, esto es necesario en su determinación judicial e imprescindible en su determinación legislativa, quedando incluida la desproporción cualitativa de la pena. Ciertamente el merecimiento abstracto que es el que fija el legislante, determina la fijación que hará el juez al caso concreto, de ahí que aunque se reconozca al legislante amplias facultades configurativas en cuanto a la pena, esas potestades no pueden rebasar los límites de la razonabilidad y necesidad de la pena sobre la base de la persona humana, tanto en los límites cuantitativos como en los cualitativos". Tribunal Tercero de Sentencia de San Salvador. 12-06-03.

Ahora bien, la proporcionalidad en abstracto, impone una correlación de ponderación sobre las penas que se asocian a los delitos, las cuales no deben ser desproporcionadas en su determinación¹⁸⁸, siendo diversos los criterios que pueden asumirse, como la entidad del bien jurídico protegido, la forma de resguardo que se le otorga a dicho interés vital, ora en grado de lesión o de peligro concreto o abstracto; el adelantamiento de las barreras punitivas; la especie de la pena.

La segunda concreción, atañe al denominado merecimiento en concreto de la pena, y esta circunscrito a la fijación de la pena por el hecho concreto cometido, función que en este caso corresponde al juez que impone la pena, y para ello deben observarse los parámetros del desvalor del injusto y de la graduación de la culpabilidad¹⁸⁹, justipreciando ambos no por su sola concurrencia sino por la intensidad de los mismos, ello salvaguarda la garantía de culpabilidad, respecto del quantum de la pena que en concreto habrá de imponerse. El sincretismo de los criterios predichos, unidos a la finalidad de prevención especial como expectativa de

188. En lo relativo al Principio de Proporcionalidad de la pena, la Sala de lo Constitucional en sentencia de Inconstitucionalidad IS. 15-96/16-96/17-96/19-96/20-96/21-96/23-96. Acum. Expresó: "A tal fin, no debe olvidarse que, como se ha sostenido antes en la presente sentencia, las medidas estatales para el combate de la criminalidad deben sujetarse a principios racionales, entre ellos el de proporcionalidad. De tal principio se habla ya en el art. 8 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano según el cual "la ley no debe establecer otras penas que las estricta y evidentemente necesarias". Y actualmente es reconocido por la doctrina que tal principio implica: (a) la idoneidad de los medios empleados –en el sentido que la duración e intensidad de los mismos deben ser los exigidos por la finalidad que se pretende alcanzar–; (b) la necesidad de tales medios –en el sentido que se debe elegir la medida menos lesiva para los derechos fundamentales, es decir, la que permita alcanzar la finalidad perseguida con el menor sacrificio de los derechos e intereses del afectado–; y (c) la ponderación de intereses, a fin de determinar la existencia de una relación razonable o proporcionalidad de la medida con la importancia del bien jurídico que se persigue proteger". Y en cuanto a la Prohibición de penas desproporcionadas; el mismo tribunal en la misma sentencia precitada señaló que: "Específicamente en lo relativo a la pena, el principio se manifiesta en la predeterminación –legislativa– y la aplicación –judicial– de la pena privativa de libertad, sólo y estrictamente en la medida y grado necesarios para que la pena cumpla su fin esencial, sin desnaturalizar su carácter utilitario o instrumental en relación a tales fines; el agravamiento de la misma de forma tal que exceda la medida o el grado necesarios para el cumplimiento de sus fines, deviene en inconstitucional, por violentar la función de la pena privativa de libertad preceptuada en el art. 27 Cn. Finalmente en relación a tal principio hay que decir, que el mismo no se reduce al ámbito de la aplicación de la ley –lo cual corresponde al Órgano Judicial– sino que parte desde la formulación de la norma que construye el tipo penal, función que –en virtud del principio de legalidad– le corresponde al Órgano Legislativo. Es, portanto, errónea la consideración según la cual es al juzgador a quien le corresponde, haciendo uso de la sana crítica, ponderar y medir la razonabilidad y proporcionalidad de la pena, ya que tal función se ve considerablemente reducida si la ley penal ya le ha determinado al juzgador un parámetro desproporcionado para la individualización e imposición de la pena. Del análisis del artículo 2 de la ley en cuestión en relación con la finalidad del cuerpo normativo, se advierte que en el considerando II, el órgano emisor dice que la ley se emite: "ante el alarmante incremento de la criminalidad" en virtud del cual la mayoría de la población estaría "demandando que se dicten medidas urgentes y especiales (...) para sancionar con mayor severidad a los responsables de los hechos criminales". De tal consideración se advierte que el agravamiento de las penas –adoptada como una medida para sancionar con mayor severidad a los delinquentes– no se adecua a la finalidad prescrita por el art. 27 Cn pues se desnaturaliza su función resocializador y se le convierte en un mecanismo intrínsecamente represivo. Consecuencia de ello es que, en cuanto el art. 2 de la ley en cuestión autoriza la imposición de penas aumentadas en una tercera parte o hasta dos terceras partes de sus límites máximos implica una violación a la mencionada disposición constitucional, pues supone una desnaturalización de la pena, por el excesivo uso de la misma, como medio para alcanzar los fines prescritos por la Ley Suprema. Por ello respecto de tal motivo argumentado por los demandantes, el art. 2 de la Ley Transitoria de Emergencia contra la Delincuencia y el Crimen Organizado es inconstitucional, y así debe declararse en esta sentencia". 189. BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE Ignacio, ARROYO ZAPATERO Luis, FERRE OLIVE Juan Carlos, SERRANO PIEDECASAS José Ramón, GARCÍA RIVAS Nicolás "Lecciones de Derecho Penal..." op cit p 53.

readaptación, bajo el fundamento del principio de resocialización¹⁹⁰, constituyen las pautas que marcan la fundamentación de la pena, respecto de la graduación del ilícito culpable; en este ámbito, la jurisdicción está obligada a respetar la debida proporcionalidad, en la dosimetría de la pena que en concreto imponga, observando los criterios dogmáticos que encuentren su demostración en los hechos por medio de la prueba.

E. Proporcionalidad y medidas de seguridad. Conciernen abordar ahora, la cuestión de la imposición de medidas de seguridad, como parte del principio de prohibición de exceso¹⁹¹, que en este ámbito también se torna en una garantía para los inimputables, que deban ser sometidos necesariamente a medidas de seguridad, ello como ya se dijo, es una superación de la doctrina de la sujeción terapéutica de claro cuño positivista decimonónico, que consideraba a las medidas de seguridad una especie de formas inocuas y piéticas, que sólo se utilizaban en beneficio de las personas, y que se estructuraban en la necesidad curativa y en la peligrosidad del agente, por lo cual se justificaba la indeterminación de dichas medidas, lo cual ha sido en esta época completamente superado, al haberse abdicado la ideología de la defensa social de clara impronta autoritaria y anti-humanista¹⁹².

Un primer punto a destacar, es que no todo hecho cometido en el sentido de delito, dará lugar a la imposición de medidas de seguridad, es decir infracción a una norma penal, no es base suficiente para imponer medidas de seguridad, la mera tipicidad objetiva no alcanza para ello, puesto que ya se advirtió que la imposición de medidas de seguridad, pasan por determinar la lesividad de un bien jurídico y además que la acción u omisión haya sido realizada con dolo o con culpa.

Otro aspecto esencial que debe señalarse se corresponde con la duración de la medida de seguridad a imponer, para ello se ha de tener como parámetros los límites en abstracto que se determinan a partir del tipo penal objeto de la imputación, es decir la medida que se imponga en cuanto a su duración, no podrá exceder del límite máximo fijado a la pena, que esta reservada para el delito cometido en el respectivo penal; con ello queda proscrita la indeterminación de la medida de seguridad.

Ahora bien, dicho parámetro de contención, no significa que al inimputable, por el hecho cometido, tenga que imponérsele el máximo del período que fija la determinación del tipo penal en

190. SILVA SÁNCHEZ José-María "Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo". J.M. Bosch. Editor. Barcelona. España, 1992 p 263.

191. Respecto de la Proporcionalidad con relación a las medidas de seguridad se ha expresado: "Por último la determinación de la medida de seguridad exige que exista proporcionalidad entre la sanción a imponer y el hecho realizado, tal principio denominado de proporcionalidad en sentido estricto y que para nosotros es una garantía penal mínima; indica que tal imposición es legítima, sólo en cuanto a la necesidad de la misma, artículo 5 CP y como consecuencia de un delito. Tribunal Tercero de Sentencia de San Salvador 21-09-01.

192. Ver VELÁSQUEZ V. Fernando "Derecho Penal..." op cit pp 695 a 696.

cuanto a la sanción, ello por que la dosimetría concreta de la medida debe ser fijada por el tribunal, indicando cual será el quantum de la medida que deberá imponerse a la persona, y los parámetros para tal decisión se corresponde entre el límite mínimo y el máximo que tiene acordado cada tipo penal.

Para dicha determinación, debe procederse de manera análoga, como cuando se determina la pena, únicamente excluyendo, aquellos elementos que no pueden ser considerados en atención a la no capacidad de culpabilidad del justiciable, en todo caso los fundamentos que determinen el alcance de la medida deben estar fundados en hechos verificados en el juicio, al igual que ocurre en la determinación de la pena; sólo que en este caso dirigidos a valorar la situación particular del inimputable.

Otro aspecto a considerar, es el hecho de que la imposición de medidas de seguridad solamente –en nuestra opinión– procede imponerlas cuando se ha cometido delito, y no cuando se trata de una falta, esa es la intelección del precepto que reza: “En ningún caso podrá imponerse medida de seguridad si no es como consecuencia de un hecho descrito como delito en la ley penal...”; con lo cual la imposición de medidas de seguridad, respecto de las faltas no sería posible, sin embargo concurren otras opiniones –muy respetables por cierto– que entienden que si es posible la imposición de medidas de seguridad, por que conciben que el concepto de delito, ha sido utilizado en su acepción amplia como hecho punible, y además se invoca el fundamento del desvalor de la acción¹⁹³.

Sin embargo, entiendo que la imposición de medidas de seguridad, no es posible, en atención a por lo menos dos razones poderosas fundamentadas en los siguientes principios:

(a) por una parte el principio de legalidad impide que el vocablo delito sea interpretado de manera extensiva, es decir in malam partem, puesto que las medidas de seguridad son en todo caso restricciones a los derechos o libertades de las personas, de ahí que no puede hacerse una interpretación analógica que será perjudicial, se impone entonces una interpretación restrictiva del concepto de delito, el cual ha sido utilizado en sentido estricto, con lo cual quedan excluidas las faltas¹⁹⁴.

(b) Por otra parte, el principio de necesidad, también estaría limitando la imposición de las medidas de seguridad a las faltas, si se tiene en cuenta que, dicha infracción penal es una ofensa de menor entidad, por lo cual la consecuencia jurídica que tiene asociada también será de una corta entidad, si ello es así, la sujeción de una persona a una medida de seguridad, no tiene ninguna eficacia y es desproporcional, que es lo que precisamente pretende

193. Así CHOCLÁN MONTALVO José Antonio “Culpabilidad y Pena”. Su medición en el proceso penal salvadoreño. Justicia de Paz. CSJ-AECL. 1° Edición. San Salvador. El Salvador 1999 pp 17 a 21.

194. SÁNCHEZ ESCOBAR, Carlos Ernesto “ El Principio de Culpabilidad Penal...”. op. cit. 114 a 118.

evitar el principio de necesidad, con lo cual reafirmamos la opinión de que las faltas penales están excluidas de la imposición de medidas de seguridad.

F. Principio de dosimetría de la pena. Conviene aquí señalar algunos tópicos esenciales en cuanto a la dosimetría de la pena, ello por que el llamado juicio de determinación de la pena, debe estar sometido a las mismas garantías que los otros ámbitos de la sistemática penal. Si se advierte para el justiciable después de que se le ha determinado como culpable, lo más importante será la pena que en concreto se le impondrá como consecuencia del hecho realizado culpablemente, de ahí la importancia de este ámbito que es fundamental en la sistemática penal. Un primer aspecto a destacar es el siguiente, la determinación de la pena no es una decisión que este exenta de restricciones y garantías, con lo cual queremos afirmar que la fijación de la pena en concreto no es una materia discrecional del juez, la cual la puede fijar a su prudencia o libre arbitrio.

Otro aspecto es que los desvalores que afecten la agravación de la culpabilidad y de la pena, están sometidos taxativamente a la regulación legislativa que se ha hecho en este aspecto, el juez no puede, mediante interpretación, incluir nuevas valoraciones que afecten la gravedad de la dosimetría de la pena, por cuanto la interpretación normativa desfavorable para el reo –in malam partem– esta proscrita del derecho penal, y aún si tratase de una cuestión fáctica de índole probatorio –prevalece aquí el indubio pro reo– solo se admitiría la duda en beneficio del justiciable. Por último, el juicio de determinación de pena debe ser estrictamente fundado, por cuanto el juez tiene que externar los motivos de hecho y de derecho por los cuales se decide a imponer una pena determinada.

1.6 EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD.

A. Fundamentos. El principio de legalidad constituye sin lugar a dudas un importante límite externo al ejercicio del poder punitivo del Estado. Lo anterior significa que todos los poderes estatales se encuentran limitados en cuanto a sus facultades en materia de delitos y penas¹⁹⁵. Así, el poder legislativo, aún reconociéndosele el amplio poder de configuración de lo punible, debe reconocer límites

195. En lo relativo al Principio de legalidad de la pena, se ha expresado que: "Dicho principio asegura a los destinatarios de la ley que sus conductas no pueden ser sancionadas sino en virtud de una ley dictada y promulgada con anterioridad al hecho considerado como infracción. Es decir que este principio no sólo constituye una exigencia de seguridad jurídica que requiere el conocimiento previo de los delitos o infracciones y de las penas o sanciones, sino que también constituye una garantía política hacia el ciudadano de que no puede ser sometido a penas o sanciones que no hayan sido aceptadas previamente, evitando así los abusos de poder (...). Así, a la norma jurídica que garantiza el principio de legalidad de la pena se le imponen ciertos requisitos: 1. Lex praevia que implica la prohibición de la retroactividad de las leyes sancionadoras; 2. Lex scripta que excluye la costumbre como posible fuentes de delitos (infracciones) y penas (sanciones) e indica que la norma jurídica tiene categoría de ley cuando emanada del Órgano Legislativo; y 3. Lex stricta exige que la ley establezca en forma precisa las diversas conductas punibles y las sanciones respectivas. Sala de lo Constitucional. Amp. 422-97: 28-05-99.

irreductibles derivados del principio de legalidad, en cuanto a la configuración del tipo penal y de las consecuencias jurídicas.

En igual sentido, el poder judicial en el ámbito de la aplicación de la ley, encuentra límites precisos que le son fijados desde el principio de legalidad; en virtud de ellos es plausible sostener que el principio de legalidad tiene un carácter defensivo frente a los abusos del poder en el ámbito de la sistemática penal, que es precisamente el área más sensible en cuanto a la restricción de los derechos fundamentales.

Lo anterior permite entender el origen del principio de legalidad, en el sentido que significó un instrumento importante del modelo revolucionario de las libertades frente a los excesos de poder del poder absoluto del Ancien Régimen; sin embargo es oportuno indicar que el fundamento garantizador del principio de legalidad, no puede quedar agotado únicamente en la función de garantía de la seguridad jurídicas, representada por la exigencia de la predeterminación normativa, sino que por el contrario, los fundamentos del principio de legalidad son más trascendentes, se vinculan a la defensa de la triada fundamental, en un estado democrático, como lo son la libertad, la igualdad y la dignidad de los seres humanos.

Empero también el principio de legalidad significó en su momento, el tránsito de una concepción retributiva de la pena, hacia otros modelos, esencialmente aquellos de connotación preventiva¹⁹⁶, por cuanto tanto la prevención general como la prevención especial requieren el conocimiento previo y exacto de la ley por parte de los gobernados, en el sentido de saber con precisión cual el comportamiento que se designa como prohibido y con que pena esta amenazada la conminación penal; sólo ese conocimiento previo y exacto, es el que podrá generar los efectos disuasivos en cuanto a la ejecución del delito; de ahí la celebre formulación hecha por von Feuerbach en el sentido de “Nulla poena sine lege, Nulla poena sine crimine, Nullum crimen sine poena legali”.¹⁹⁷

La concepción del principio de legalidad, se fundamenta en una limitación respecto del poder configurativo del orden penal, de

196. Así se señala por Beccaria que: “el fin de las penas, no es atormentar y afligir a un ser sensible, ni deshacer un delito ya cometido... El fin, pues, no es otro que impedir al reo causar nuevos daños a sus conciudadanos y retraer a los demás de la comisión de otros iguales”. BECCARIA Cesare “De los Delitos y de las Penas”. Traducción de Juan Antonio De Las Casas. Editorial Alianza. Madrid. España. 1998 p 45; en similar sentido se había pronunciado Hobbes al sostener que: “Todo el mal que se inflige sin intención, o sin posibilidad de disponer al delincuente, o a otros hombres (a ejemplo suyo), a obedecer las leyes no es una pena sino un acto de hostilidad, ya que sin semejante fin ningún daño hecho queda comprendido bajo esa denominación”. HOBBS Thomas “Leviatán”. México. Fondo de Cultura Económica. México D.F. 1994 Capítulo. 28.

197. “I) Toda imposición de pena presupone una ley penal (nulla poena sine lege). Por ende sólo la conminación del mal por la ley es lo que fundamenta el concepto y la posibilidad jurídica de una pena; II) La imposición de una pena esta condicionada a la existencia de la acción conminada (nulla poena sine crimine). Por ende es mediante la ley como se vincula la pena al hecho como presupuesto jurídicamente necesario; III) El hecho legalmente conminado (el presupuesto legal) está condicionado por la pena legal (Nullum crimen sine poena legali). Consecuentemente el mal, como consecuencia jurídica necesaria se vinculará mediante la ley a una lesión jurídica”. FEUERBACH Paul Johann Anselm Ritter von “Tratado de Derecho Penal”. Común vigente en Alemania. Traducción al castellano de la 14ª edición alemana (Giessen 1847) por Eugenio Raúl Zaffaroni e Irma Hagemeyer. Segunda edición. Editorial Hammurabi. Buenos Aires. Argentina. 1989 p 63.

ahí que mediante el desarrollo de la estricta legalidad, es posible tutelar aspectos vitales del ser humano, como lo son la libertad y la igualdad¹⁹⁸, en cuanto al primero, tiene inusitada relevancia la llamada cláusula de reserva, por medio de la cual, a los gobernados lo que no les esta prohibido por la ley, les esta permitido (artículo 8 Cn) y ello indica que, en el ámbito del derecho penal, únicamente las conductas desmerecidas de manera posterior con rango de prohibición (delito o falta) serán las que limitaran las esferas de libertades de las personas.

En cuanto a la igualdad, el principio de legalidad impone que la construcción del supuesto de hecho se enuncie de una manera general, respecto de las acciones u omisiones que deben quedar comprendidas en el tipo penal, evitándose con ello una formulación personal en la construcción típica, que pueda después derivar en un derecho penal de autor. Si el anterior fundamento es de índole política¹⁹⁹, en la cuestión dogmática la función del principio de legalidad, esta impregnada de un carácter valorativo, que esta vigente inclusive en la época actual, puesto que sólo resulta legítimo prohibir y sancionar, aquellos hechos que pueden ser conocidos por los destinatarios, es decir, de que conductas las personas se deben abstener de realizar y cuales les están permitidas ejecutar²⁰⁰.

De ahí que el principio de legalidad en este desarrollo evolutivo, abarca tanto el ámbito de la seguridad jurídica, como la tutela de la libertad individual de los gobernados; y sobre ambos aspectos se genera una diferente garantía: respecto de la seguridad jurídica –entre nosotros elevado al rango de derecho individual – el principio de legalidad, exige que únicamente por ley emanada del poder legislativo, puedan restringirse los derechos fundamentales de los habitantes de la República; en cuanto a la seguridad jurídica se garantiza que la predeterminación de la norma penal, y su correspondiente taxatividad en su formulación constructiva.

Conforme al desarrollo de los tiempos el principio de legalidad fue adquiriendo su fundamentación actual, derivada de los postulados anteriores, y precisamente a esta nueva dimensión obedece su clásica formulación en el sentido de nullum crimen, nulla poena, sine lege

198. Ver NAUCKE Wolfgang "La progresiva pérdida del contenido del principio de legalidad penal como consecuencia de un positivismo relativista y politizado". Traducción de Pablo Sánchez-Ortiz Gutiérrez en "La Insostenible Situación del Derecho Penal". Editorial Comares. Granada. España. 1999 pp 533 a 535.

199. Con esa visión FERRAJOLI Luigi "Derecho y Razón". Teoría... op cit p 36.

200. En tal sentido respecto de esta connotación del principio de legalidad se ha sostenido que: "El principio de legalidad tiene un fundamento político-criminal, en el sentido que sólo puede entenderse razonablemente que los ciudadanos se abstengan de realizar determinada conducta si la prohibición es perceptible previamente y con la claridad suficiente: sólo el carácter previo y taxativo de la norma proporciona certeza a los individuos para orientar sus actos. Si bien el principio de legalidad tradicionalmente se ha entendido como una norma dirigida a los jueces, el principio de legalidad a su vez, prescribe al legislador la obligación de garantizar la posible verificación y refutación de los supuestos típicos penales. En consecuencia se viola dicho principio en el caso de figuras delictivas cuyos elementos constitutivos están formulados en términos cuya interpretación no permite una verificación precisa, incentivando diversas opciones interpretativas de carácter subjetivo en el juzgador". Sentencia de Inconstitucionalidad de la Ley Anti Maras p 189 a 190.

praevia, scripta, stricta et certa²⁰¹. De la anterior formulación se derivan cada una de las consecuencias del principio de legalidad²⁰², quedando determinadas como: 1) la exigencia de reserva de ley en su sentido formal o principio de reserva –nullum crimen nulla poena sine lege–; 2) la prohibición de irretroactividad desfavorable de ley penal –Nullum crimen nulla poena sine lege praevia–; 3) la garantía de taxatividad que exige la precisión en la formulación del tipo penal y de la pena –Nullum crimen nulla poena sine lege certa–; 4) la exigencia de que las normas penales se interpreten de acuerdo al principio de tipicidad, proscribiéndose en consecuencia la analogía y la interpretación extensiva perjudicial de las normas penales –Nullum crimen nulla poena sine lege stricta–. Al estudio de las consecuencias anteriores –en apretado epitome– de dedicaran los párrafos subsiguientes.

A) La garantía de reserva de ley en sentido formal. Conviene comenzar indicando que del origen democrático del principio de legalidad y de su función de ser un límite real al poder penal en cuanto a la configuración del delito y de la pena, se determina la imperante necesidad de que –delitos y penas– estén sometidos en su creación únicamente a la ley, en su formulación formal²⁰³, es decir que la creación de la incriminación y de sus consecuencias jurídicas –penas y medidas de seguridad– sólo puede ser determinada por el poder legislativo, a él con exclusividad le corresponde la formulación del tipo penal, y de las penas que se le asignan, es

201. Siendo que tal cuádruple formulación es aceptada por la doctrina penal de manera unánime, sólo para ejemplificar son citables: COBO DEL ROSAL Manuel, VIVES ANTÓN Tomás S. "Derecho Penal". Parte General. 4ª edición. Conforme al Código Penal de 1995. Tirant lo Blanch. Valencia España. 1996 p 66; Villavicencio Terreros Felipe "Derecho Penal de los Derechos Humanos" en Justicia Para Todos. Jaime Martínez Ventura. Compilador. FESPAD ediciones. San Salvador. El Salvador 1997 p 125; CARBONELL MATEU Juan Carlos "Derecho Penal: Concepto y principios Constitucionales". Tirant lo Blanch. 3ª edición. Valencia. España. 1999 p 111; ZAFFARONI Eugenio Raúl "Tratado de Derecho Penal". Parte General. Tomo I. Cardenas Editor. Primera Reimpresión. México D.F. 1997 p 131; BACIGALUPO Enrique "Las bases institucionales de la política criminal española en los últimos años. El principio de legalidad como tarea inconclusa" en "De las Penas". Homenaje al profesor Isidoro de Benedetti. Depalma. Buenos Aires. Argentina. 1997 p 2; MIR PUIG Santiago "Introducción a las Bases del Derecho Penal". Concepto y método. 2ª edición. Editorial B de F. Buenos Aires. Argentina. 2002 p 128; HASSEMER Winfried "Fundamentos del Derecho Penal". Traducción y notas de Francisco Muñoz Conde y Luis Arroyo Zapatero. Bosch. Barcelona. España. 1994 p 313 a 314.

202. Esa formulación del principio de legalidad la reconoce el máximo Tribunal constitucional cuando señala que: "El principio de legalidad surge esencialmente como una concreción coetánea al Estado de Derecho; específicamente en el ámbito del derecho estatal sancionador. Tal principio postula el sometimiento al imperio de la ley como presupuesto de la actuación punitiva del Estado sobre los ciudadanos, a partir de las siguientes exigencias: la existencia de una ley (lex scripta); que sea anterior al hecho sancionado (lex praevia); y que describa un supuesto de hecho estrictamente determinado (lex certa) lo que significa un rechazo de la analogía como fuente creadora de delitos y penas e impide como límite a la actividad judicial que el juez se convierta en legislador". Sentencia de Inconstitucionalidad de la Ley Anti Maras p 190.

203. En relación a la garantía de reserva de ley, respecto de los delitos se ha precisado que: "Con relación a la libertad –y en parte con el patrimonio– también está reservada a la ley la elaboración del catálogo de los delitos y las penas, como supuestos que habilitan al Estado a privar de la libertad, vía pena de prisión, o a afectar el patrimonio, vía pena de multa; y es que desde Beccaria la teoría del delito ha establecido que las conductas delictivas deben estar previamente tipificadas por una ley formal, de manera que no se puede crear por medio de un decreto ejecutivo, sino que debe concurrir la voluntad del pueblo, a través de sus representantes, señalando el tipo de conductas que se quiere que sean sancionadas para el resguardo de la paz social, sea con pena de prisión, con inhabilitación, con una medida de seguridad, o bien con una multa pecuniaria. Sala de lo Constitucional". IS27-99; 06-09-01.

decir en el sistema de fuentes la ley formal, es la única que crea el delito y la sanción.

Debe indicarse además que por la extensión de este brocado, se desarrollan al menos dos cuestiones relevantes: la primera de ellas, esta dirigida al poder que emite las normas de carácter penal, que en nuestro caso, la Constitución lo determina al órgano legislativo, lo anterior significa, que la criminalización de conductas elevadas a la categoría de hecho punible como delitos o faltas, y las sanciones que le estén asociadas, es exclusiva y esta reservada al poder legiferante²⁰⁴; de ahí que a los otros poderes les este excluida en el orden penal esta facultad de configurar conductas delictivas, o crear penas o medidas de seguridad.

La importancia de la ley escrita, alcanza su completa dimensión, cuando se examina como garantía política de la separación de poderes²⁰⁵, por lo cual únicamente al poder legislativo, le esta atribuida en materia de derecho penal, la creación de delitos y penas²⁰⁶, con lo cual se concretiza el gran principio de reserva de

204. En cuanto a la garantía de reserva de ley, la Sala de lo Constitucional en sentencia de inconstitucionalidad IS23-97; 22-10-01 sostuvo que: "La reserva de ley supone una garantía para que la regulación normativa de determinadas materias se efectúe por el Órgano Legislativo, como modo de asegurar, por otro lado, que su adopción venga acompañada necesariamente de un debate público en el que puedan concurrir libremente los distintos representantes del pueblo. La reserva de ley es la garantía de que un determinado ámbito vital de la realidad, depende exclusivamente de la voluntad de los representantes de aquellos involucrados necesariamente en dicho ámbito: los ciudadanos"; y en lo atinente al Principio de legalidad, visto como reserva de ley de ley, la Sala expresó en sentencia: 007098. 98. En materia de privación de derechos fundamentales, priva el llamado principio de legalidad, por el cual, únicamente el legislador puede establecer los supuestos por los cuales el Estado podrá limitar o restringir el ejercicio de ciertos derechos; es el llamado principio de reserva de ley, por el cual, es competencia exclusiva del legislador establecer los casos de limitación o restricción de derechos y siempre dentro de los límites que la Constitución le señala al legislador (...) Por el contrario, tal límite a la potestad coercitiva del Estado es una manifestación del principio de seguridad jurídica, que además, es uno de los fines del Estado mismo, respecto de la persona humana. Privar de su libertad a una persona sin fundamento legal, sin que ésta haya cometido un hecho que el legislador ha tipificado como delito y sancionado con pena de privación de libertad y sin que haya mediado un juicio previo, es violar la Constitución.

205. Respecto del principio de Ley scripta, desde la dimensión de la garantía de separación de poderes, se ha dicho: Sobre la expresión ley contenida en el párrafo anterior, no debe obviarse que –en virtud de los principios de supremacía constitucional y regularidad jurídica, ya explicados en Considerando previos– la norma legal debe ser conforme en forma y contenido, a los preceptos constitucionales; en consecuencia, la atribución de una norma legal a un órgano de potestades que constitucionalmente no le pertenecen significaría actuar –por la Asamblea Legislativa– al margen de la normativa primaria. Esto se halla vinculado con el principio de división de poderes, uno de los pilares del constitucionalismo moderno. "El propósito fundamental de instrumentar la Constitución –sostiene German J. Bidart Campos– cómo una ley de garantía condujo a desconcentrar las funciones del poder, evitando que el mismo órgano acumulará todas; de esa manera racionalmente se procuraba la seguridad de los individuos, por aquel aforismo –esencialmente verdadero– de que todo hombre que tiene el poder tiende al abuso de ese poder. IS. 3-92 ac. 6-92; 17-12-92.

206. También en el sistema penal de los Estados Unidos de Norte América, ha tenido relevancia la cuestión de las normas penales en blanco, siempre sobre el fundamento de la separación de poderes y de las facultades del congreso para emanar normas de carácter sancionador, la mayor difusión de esta doctrina, lo ha sido –según se informa– en el área de los delitos administrativos –administrative crimes– y la tendencia ha sido ha entender que bajo ciertos parámetros, se pueden hacer remisiones hacia otras áreas normativas que no emanan del congreso, si la norma originaria ha sido una creación legislativa ello según se ha dicho –leadig case– en "United States vrs Grimaud" 220 U.S. 506 (1911) aunque cuando la normativa de reenvío ha sido imprecisas –"Schechter Poultry vrs United State" 295 U.S. 495 (1935)– o la remisión no ha sido clara –"Panama Refining Co. vrs. Unites State". 293 U.S 388 (1935)– se ha estimado su no constitucionalidad. En tal sentido HENDLER Edmundo S. "Derecho Penal y Procesal Penal de los Estados Unidos". AD-HOC. Primera edición. Buenos Aires. Argentina. 1996 p 32.

ley como potestad exclusiva del poder legislativo²⁰⁷, lo que significa que la limitación de los derechos y libertades ciudadanas, únicamente puede ser acordada mediante las normas que emanan del poder legislativo; y precisamente, es en este punto relevante, abordar la cuestión de la denominada leyes o tipos penales en blanco, que se conectan de manera decisiva a este punto.

El tratamiento de este tópico, esta constreñido de manera sustancial con la garantía del principio de reserva de ley formal, y

207. En relación al Principio de Reserva de Ley, se ha pronunciado la Corte Interamericana de Derechos Humanos en Opinión Consultiva OC/86 del nueve de Mayo de 1986. (SER A) N° 6. (1986) de la manera siguiente: Fundamento (21) El sentido de la palabra leyes dentro del contexto de un régimen de protección a los derechos humanos no puede desvincularse de la naturaleza y del origen de tal régimen. En efecto, la protección de los derechos humanos, en especial los derechos civiles y políticos recogidos en la Convención, parten de la afirmación de la existencia de ciertos atributos inviolables de la persona humana que no pueden ser legítimamente menoscabados por el ejercicio del poder público. Se trata de esferas individuales que el Estado no puede vulnerar o en las que sólo puede penetrar limitadamente. Así, en la protección a los derechos humanos está necesariamente comprendida la noción de la restricción al ejercicio del poder estatal. Fundamento (22) Por ello, la protección de los derechos humanos requiere que los actos estatales que los afecten de manera fundamental no queden al arbitrio del poder público, sino que estén rodeados de un conjunto de garantías enderezadas a asegurar que no se vulneraran los atributos inviolables de la persona, dentro de los cuales, acaso la más relevante tenga que ser que las limitaciones se establezcan por una ley adoptada por el poder legislativo de acuerdo con lo establecido por la Constitución. A través de este, procedimiento no sólo se inviste a tales actos del asentimiento de la representación popular, sino que se permite a las minorías expresar su incomodidad, proponer iniciativas distintas, participar en la formación de la voluntad política o influir sobre la opinión pública para evitar que la mayoría actúe arbitrariamente. En verdad, este procedimiento no impide en todos los casos que una ley aprobada por el Parlamento llegue a ser violatoria de los derechos humanos, posibilidad que reclama la necesidad de algún régimen de control posterior, pero si es, sin duda, un obstáculo importante para el ejercicio arbitrario del poder. Fundamento (23) Lo anterior se deducirá del principio –así calificado por la Corte Permanente de Justicia Internacional (Consistency of Certain Danzig Legislative Decrees with the Constitution of the Free City, Advisory Opinion 1935, P.C.I.J. Series A/B N° 65 Pag. 56)– de legalidad, que se encuentra en casi todas las constituciones americanas elaboradas desde finales del Siglo XVIII, que es consustancial con la idea y el desarrollo del derecho en el mundo democrático y que tiene como corolario la aceptación de la llamada reserva de ley, de acuerdo con lo cual los derechos fundamentales sólo pueden ser restringidos por ley, en cuanto expresión legítima de la voluntad de la nación; Fundamento (24) La reserva de ley para todos los actos de intervención en la esfera de la libertad dentro del constitucionalismo democrático, es un elemento esencial para que los derechos del hombre puedan estar jurídicamente protegidos y existir plenamente en la realidad. Para que los principios de legalidad y reserva de ley, constituyan una garantía efectiva de los derechos y libertades de la persona humana, se requiere no sólo de su proclamación formal, sino la existencia de un régimen que garantice eficazmente su aplicación y un control adecuado del ejercicio de las competencias de los órganos. Fundamento (25) Ya en 1879, la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano expresaba en su artículo 4 que: “La libertad consiste en poder hacer todo lo que no perjudique a otro; así el ejercicio de los derechos naturales del hombre no tienen otros límites que los que garantizan a los demás miembros de la sociedad el goce de esos mismos derechos. Estos límites sólo pueden ser determinados por la ley. Desde entonces este criterio ha constituido un principio fundamental en el desarrollo constitucional democrático. Fundamento (26) En tal perspectiva no es posible interpretar la expresión leyes, utilizada en el artículo 30 como sinónimo de cualquier norma jurídica, pues ello equivaldría a admitir que los derechos fundamentales pueden ser restringidos por la sola determinación del poder público, sin otra limitación formal que la de consagrar las restricciones en disposiciones de carácter general. Tal interpretación conduciría a desconocer límites que el derecho constitucional democrático ha establecido desde que, en el derecho interno se proclamó la garantía de los derechos fundamentales de la persona; y no se compadecería con el Preámbulo de la Convención Americana según el cual: “los derechos esenciales del hombre (...) tienen como fundamento los atributos de la persona humana, razón por la cual justifican una protección internacional, de naturaleza convencional coadyuvante o complementaria de la que ofrece el derecho interno de los Estados Americanos”. Fundamento (27) La expresión leyes, en el marco de la protección de los derechos humanos, carecería de sentido si con ella no se aludiera a la idea de que la sola determinación del poder público no basta para restringir sus derechos. Lo contrario equivaldría a reconocer una virtualidad absoluta de los poderes de los gobernantes frente a los gobernados. En cambio, el vocablo leyes, cobra todo su sentido lógico e histórico si se le considera como una exigencia de la necesaria limitación a la interferencia del poder público en la esfera de los derechos y libertades de la persona humana. La Corte concluye que la expresión leyes, utilizada por el artículo 30, no puede tener otro sentido que el de ley formal, es decir, norma jurídica adoptada por el órgano legislativo y promulgada por el Poder Ejecutivo, según el procedimiento requerido por el derecho interno de cada Estado.

ciertamente, es este el aspecto modular que se discute, en relación a que involucra el principio político de separación de poderes. De ahí que, el aspecto fundamental a discutir sea el de las normas penales en blanco, que en una primera aproximación, son aquellas en las que el supuesto de hecho no aparece descrito en su totalidad en la formulación del tipo penal, debiéndose acudir para su complemento a una o más normas de carácter extra-penal.

Ahora bien, es menester indicar que sobre el alcance y determinación de lo que constituye una norma penal en blanco, no concurre consenso en el pensamiento penal; así para cierto sector, normas o tipos penales en blanco son aquellos supuestos de hecho que remiten a otra norma penal o extrapenal, es decir la remisión del tipo penal a otra norma penal o a una norma diferente del orden penal, constituyen normas penales en blanco, siendo que este modelo se ha calificado de amplio.

Por el contrario, otro sector de la doctrina entiende que las normas penales en blanco, sólo están constituidas por la remisión que se hace de una norma penal a una norma de carácter extra-penal de inferior jerarquía, siendo éste modelo el restringido. Por último, para otros las leyes penales en blanco serían aquellas que remitan de un supuesto de hecho de carácter penal, a una norma extra-penal, pero con rango de ley formal; sistema denominado intermedio.

De estas formulaciones inclusive, se ha llegado a proponer de manera sintética dos modelos, las denominadas normas penales en blanco propias y las normas penales en blanco impropias, sin embargo para resumir la cuestión, la importancia de las normas en blanco en relación al principio de reserva –como ya se enunció– esta sustentado en la remisión de normas penales de jerarquía de ley formal a fuentes normativas que formalmente no tienen la prerrogativa de ser una emanación del poder legislativo y que su formulación corresponde al poder ejecutivo por la vía reglamentaria; en virtud de ellos, ésta problemática será la examinada.

Para comenzar debe indicarse que, en las llamadas normas penales en blanco propias, la remisión ya no es a la misma jerarquía de fuente normativa, sino a otra, que aunque tiene un sustrato material normativo, no lo es, en rango de ley secundaria; normalmente estas facultades están circunscritas a la potestad reglamentaria, que es propia del poder ejecutivo, de ahí que tal reenvío involucra –como lo expresamos– el principio de reserva de ley²⁰⁸, puesto que la tipicidad se termina configurando por otro órgano de poder en este

208. Indicando respecto del peligro de las normas penales en blanco se ha apostillado sobre: "El cuidado que se debe tener en los tipos penales en blanco, al describirlos, es que cuando el legislador hace uso de esta técnica legislativa, puede darse casos en los que no se de simplemente una remisión normativa, sino más bien, una habilitación del reglamento para definir delitos, lo que no resulta admisible desde el punto de vista constitucional. Lo importante es, que el legislador debe definir claramente el núcleo esencial del delito; ello puede conllevar a cierta relajación en la reserva de ley; y luego, en definitiva, la definición de ciertos elementos del delito queda en manos de la administración". Tribunal de Sentencia de San Vicente. 16-02-99.

caso el ejecutivo.

Sobre este punto en extremo delicado, casi de *communi opinio* la doctrina ha entendido justificada la utilización configurativa de las leyes penales en blanco propias²⁰⁹, señalándose, que la mutabilidad de las circunstancias en el ámbito de la protección de ciertos bienes jurídicos (económicos, industriales, ecológicos, asegurativos, laborales, culturales, de protección al consumidor de seguridad colectivos) requieren de una tutela especial, según las modificaciones que se presenten en la realidad, puesto que conductas, en principio inofensivas, pueden posteriormente, según la variación de las circunstancias, tornarse en nocivas respecto de la afección a bienes jurídicos, de ahí la necesidad que se propugna, para la tutela de dichos bienes, mediante el reenvío de la ley penal, hacia normas reglamentarias que son más dúctiles en su formulación²¹⁰.

Y es que en una primera aproximación, la formulación de normas penales en blanco por parte del legislante se han estimado conformes a la Constitución cuando se colmen los siguientes presupuestos: a) que la remisión normativa que el legislador realice sea expresa y que además se encuentre justificada, legitimación –que como vimos– se centra en la necesidad de protección de los bienes jurídicos; b) que la norma penal debe necesariamente señalar la pena, y además la definición del núcleo esencial de la prohibición; con lo cual debe garantizarse el principio de certeza, con lo cual se requiere concreción en la formulación del tipo penal, para que la prohibición no tenga el vicio de la imprecisión, ello por que representaría un acto de ineficacia, al quedar comprometido –por una parte– el mandato de certeza y por otro haría inaxequible, el conocimiento de la prohibición, restandole entonces al carácter preventivo de la norma penal, por cuanto no se conocería a cabalidad la conducta prohibida, con lo cual, los efectos en otras áreas de la sistemática penal –por ejemplo en el ámbito del error – haría ineficaz el ámbito preventivo-sancionador de la norma penal. Sin embargo la exigencias de las formulaciones de las normas penales en blanco, merecen un tratamiento de mayor entidad, por lo cual se pasará su examen.

En atención a lo anterior debe indicarse que tanto a nivel jurisprudencial como doctrinario, se han precisado ciertas condiciones²¹¹, por las cuales, la formulación de las leyes penales en blanco, guardan su conformidad, con el principio de separación de poderes y de reserva de ley del poder legiferante, en el sentido que, siendo necesario formular tipos penales en blanco, tal decisión debe respetar, como mínimo ciertos presupuestos, en la relación del

209. DOVAL PAIS Antonio "Posibilidad y Límites para la Formulación de las Normas Penales". El caso de las leyes penales en blanco. Tirant lo Blanch. Valencia. España. 1999 pp 139 a 156.

210. CURY Enrique "La Ley Penal en Blanco". Temis. Bogotá. Colombia 1988 pp 50 a 54.

211. ZUNIGA MORALES Sandra Eugenia "Cuando las normas penales en blanco, vulneran el principio de legalidad" en Revista de Defensa Pública. N° 1. Octubre. San José. Costa Rica. 2001 pp 26 a 27.

reenvío de ley penal que es norma secundaria, a la otra fuente de distinta jerarquía; dichos requisitos en la configuración del tipo penal son los siguientes:

(I) Que la determinación esencial de la prohibición, se encuentre en la norma que reenvía, y no en la norma referida o receptora. Lo cual denota, que la materia de prohibición que constituye el sustrato fundamental del tipo penal, es la que debe quedar reservada, en cambio las circunstancias periféricas, son las que pueden remitirse; digamos que éste es el uno de los aspectos más esenciales en relación a la legitimidad de las normas penales en blanco, por cuanto significa desentrañar que es lo que constituye el “núcleo esencial de la prohibición”.

Precisamente sobre ese aspecto se ha entendido que constituye –primordialmente– el núcleo esencial y por ende que no está permitido su reenvío: a) la conducta –acción u omisión–; el núcleo rector de la misma –la construcción verbal primigenia–; b) la modalidad de la misma –dolosa o culposa–; c) la constitución de otros elementos subjetivos; d) el objeto jurídico de protección; e) la determinación de calidades especiales en la autoría, en tal sentido no pueden reenviarse, para ser completadas por la norma referida, y deben estar ya previamente establecidas en el tipo penal en blanco. Por el contrario, una modalidad en la misma forma de ejecución, siguiendo la conducta nuclear, o la inclusión de otro objeto material de la acción, así como condiciones objetivas de punibilidad, si pueden ser materia de reenvío;

(II) la pena como consecuencia jurídica del delito, no puede en ningún caso ser objeto de reenvío, de ahí que, la misma siempre tiene que quedar estatuida, en el tipo penal en blanco, sin que ni cuantitativamente ni cualitativamente –en su especie, quantum y forma– pueda ser colmada por la norma de complemento; este aspecto es esencial que se cumpla por cuanto la pena es el instrumento propio de restricción de los derechos de los gobernados, y el mismo está reservado con exclusividad al legiferante, quien por ley formal debe de precisarlo, estando prohibido completamente que otro funcionario configure la pena sea en su aspecto cuantitativo, es decir, en la extensión de su determinación como en su aspecto cualitativo, es decir la forma de ejecución; y lo anterior es válido para todo tipo de pena, de privación de libertad, de multa, de privación de otros derechos, y no obsta que se trate de penas principales o de penas accesorias.

(III) El reenvío debe estar determinado de manera clara y precisa, es decir la habilitación de la norma penal, extendiéndose hacia otra fuente normativa debe ser una decisión expresa del legiferante; éste aspecto también debe ser pulcramente cumplido por cuanto sólo la autorización de reenvío expreso del legiferante, supondrá la legitimación de una norma penal en blanco, de lo

contrario, la extensión constituirá una invasión ilegítima en las funciones del legislante; una última precisión es menester en este aspecto y es la distinción entre normas penales en blanco y uso de elementos normativos en el tipo penal; en atención a ello debe diferenciarse que el reenvío expreso es lo que diferenciará cuando se este en presencia de un tipo penal en blanco, y cuando se trate solamente de un elemento normativo, que requiere una especial valoración en materia de interpretación para su comprensión y que se rige por los requisitos de esa materia.

(IV) La parte complementaria de la norma referida –por ejemplo la disposición reglamentaria– debe construirse, de la manera más idéntica posible, a la formulación del tipo penal en blanco, en tal sentido, si el supuesto de hecho del tipo penal es prohibitivo, de esa misma manera debe enunciarse la norma receptora; y ello implica una cuestión de sistemática, pero que también –es oportuno indicarlo – involucra la garantía del principio de precisión, por cuanto se requiere que toda norma penal en su contenido sea precisa e inequívoca para cumplir con el mandato de certeza, de ahí que por ejemplo siendo la omisión un expansor del tipología penal, el carácter comprensivo del tipo penal en cuanto a su precisión podría quedar seriamente comprometido.

(V) La prohibición de doble reenvío, es decir la norma complementaria, no puede hacer un nuevo reenvío a otra fuente normativa. Esta completamente prohibido la duplicidad del reenvío como el reenvío múltiple, con ello se quiere significar que las normas que de complemento no pueden habilitar el reenvío normativo a otras disposiciones, la competencia del reenvío, mediante el principio de reserva es exclusivo del poder legislativo.

(B) Por último es provechoso señalar que la otra consecuencia importante de la garantía de ley escrita, es la prohibición de la aplicación de la costumbre, es decir, que ni la materia de prohibición, ni la consecuencia jurídica que se asocie a ésta, puede estar construida en manera alguna a partir de prácticas costumbristas, de ahí que, en la configuración de las conminaciones penales o en su aplicación, ninguna formulación de la costumbre podría admitirse; ni aquella que sirve para completar o integrar la ley (*Secundum legem*) ni mucho menos aquella costumbre que construye los casos no previstos por la ley (*Praeter legem*) ni la llamada costumbre *Contra legem* que es aquella que es antitética a la ley. Así, el principio de ley escrita –vinculado si se quiere a la codificación o modelo del civil law o continental para anteponerse al common law– proscribire el uso de la costumbre en la aplicación de la ley penal, cuestión que esta también bastante vinculada a la interpretación de las normas penales. Por dicha interdicción por ejemplo, se ha pronunciado Jakobs al decir: “En lo que concierne al principio de legalidad, éste no cabe eludirlo nunca mediante el derecho consuetudinario, dado que el

quebrantamiento de principios del Estado de derecho no llega a convertirse en derecho por que tenga conforme al uso prolongado y optima fide”²¹².

Sin embargo es menester hacer unas disquisiciones sobre el aspecto de la valoración de cuestiones culturales, misma que pueden impactar en las cuestiones de la apreciación de la culpabilidad personal, siendo que ellas, si pueden ser apreciadas, siempre que impliquen favorabilidad respecto del justiciable, y ello resulta comprensible, en cuanto esas valoraciones que por vía cultural, permiten una consideración de la costumbre, no significa expansión perjudicial del poder penal, que es precisamente lo que prohíbe el principio de legalidad; y la restante cuestión, atañe a que los fenómenos culturales, en relación con la costumbre, constituyen un evento relevante en la realidad de las personas, por lo que no es posible excluirla en la consideración. Sobre tal aspecto se informa: “En cambio se admite el derecho consuetudinario que repercute en provecho del reo, como por ejemplo mediante la creación de nuevas causas de justificación”²¹³.

(I) Garantía de prohibición de irretroactividad desfavorable y de retroactividad o ultractividad de la norma penal favorable. Debemos iniciar comentado que la garantía que manda que las normas penales no pueden ser aplicadas retroactivamente si son desfavorables, están destinadas principalmente respecto de las actuaciones del poder judicial, por cuanto es materia reservada a tal órgano, la interpretación y aplicación de las normas penales.

Como se deduce, la prohibición de irretroactividad de las normas penales desfavorables, tiene como una de sus funciones primordiales, garantizar la seguridad jurídica de los gobernados, con lo cual se pretende evitar el arbitrio del estado en el sentido que con posterioridad mediante la creación de la ley, pueda incriminar conductas delictivas que en su momento no estaban prescritas como punibles o modificar las penas dispensadas para los delitos o su forma de ejecución, con la modificación de la ley posterior, para ser aplicada a hechos anteriores, de ahí que ni creaciones ni modificaciones a la estructura de los tipos penales o a las consecuencias jurídicas a él asignadas son admisibles desde el ámbito garantizador de este principio.

Y es que conectado el principio aludido con los aspectos de seguridad jurídica y con la exigencia de conocimiento previo de la norma penal, resulta plausible sostener que en el momento en que los gobernados desarrollan sus actos, estos deben poder conocer, cuales son los ámbitos de prohibición y cuales son los de permisión

212. JAKOBS Günter “Derecho Penal”. Parte General. Fundamentos y Teoría de la Imputación. 2º edición corregida. Traducción de Joaquín Cuello Contreras y José Luis González Serrano de Murillo. Editorial Marcial Pons. Madrid, España. 1997 pp 108 a 109.

213. JESCHECK Hans-Heinrich “Tratado de Derecho Penal”. 4º edición. Completamente corregida y ampliada. Traducción de José Luis Manzanares Samaniego. Editorial Comares. Granada. España. 1993 p 119.

a partir de lo prescrito por la ley; en otras palabras que, según la ley, les esta permitido, y que les esta prohibido. Dicho estado de seguridad, únicamente puede ser garantizado por el principio de irretroactivad de las normas penales desfavorables, por cuanto, sólo la norma que rige en el momento de la conducta, es la que puede ser aplicada al justiciable, y es la que le será objeto de exigibilidad, siempre que su contenido sea de no favorabilidad; pero además, debe tenerse en cuenta, que lo anterior se complementa por que no es admisible que, normas ulteriores restrinjan más gravemente los derechos fundamentales de los justiciables, cuando los hechos suceden bajo la vigencia de una norma que le es benigna.

Ahora bien, la irretroactividad de la ley penal por desfavorable, puede abarcar diversos supuestos que son los que a continuación se apostillaran: a) Las cuestiones atinentes a la parte general del derecho penal, quedan cubiertas por esta garantía, cualquier situación que importe desfavorabilidad, en el sentido de una mayor restricción a los derechos, libertades y garantías de los gobernados, importa una prohibición de retroactividad.

Por ejemplo, cuestiones atinentes a la autoría, a la tentativa, a situaciones concursales, a las penas, a las medidas de seguridad, a las causas que excluyen la responsabilidad penal, circunstancias modificativas de la responsabilidad penal, modelos de imputación, formas de cumplimiento de penas o subrogados penales, etcétera; de ahí que, si en determinados supuestos se construyeran de manera más limitativa, las mismas por ser desfavorables quedarían cubiertas por el ámbito de la irretroactividad de la ley penal;.

b) La configuración del tipo penal, también queda resguardada, de ahí que la modificación del supuesto de hecho, por nuevos elementos del delito, en cuanto sean desfavorables, únicamente pueden imputarse a hechos subsecuentes que sean típicos de acuerdo a esa modalidad; de ahí la prohibición que la modificación del supuesto de hecho posterior pueda extenderse a la materia de prohibición que el tipo penal tenía articulada con anterioridad, ello rige también en materia de cualificantes especiales, las mismas si son sobrevinientes no se pueden extender al tipo penal originario.

c) La cuestión de la pena, también queda tutelada, por la irretroactividad de la ley penal, aquellas configuraciones posteriores que afecten este ámbito tornándolo desfavorable, no pueden aplicarse en virtud del principio de ley previa; y este aspecto debe ser señalado como de mayor sensibilidad, de ahí que el principio de legalidad en relación a la prohibición de la ley irretroactiva desfavorable, exepción la configuración de la pena, mediante normas posteriores que añaden circunstancias de mayor limitación respecto de los derechos fundamentales que se verían afectados, la prohibición cubre el aspecto cuantitativo de la pena, es decir su forma de merecimiento; como el aspecto cualitativo la forma y modo en la

cual se ejecutara.

Lo anterior significa que la configuración de las penas y medidas de seguridad, quedan especialmente tuteladas por este principio; estando prohibido, la aplicación de manera retroactiva, de otras formas, condiciones o modos en la ejecución de la pena, que no sean aquellos que estaban previstos, cuando se cometió el hecho punible.

Otra cuestión importante, es la excepción a la irretroactividad de la ley penal, la cual se cimienta en la favorabilidad de la ley posterior; lo que permite aplicar la nueva norma penal con carácter retroactivo, aquí es importante indicar, que además del sustento constitucional que impone el artículo 21 Cn; tal principio también es esta reconocido en el artículo 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y en el artículo 9 de la Convención Americana sobre derechos humanos.

Ello es importante expresarlo por cuanto el principio de retroactividad de la ley favorable, no está en todos los órdenes jurídicos reconocido de manera expresa y tiene que ser deducido implícitamente de otras normas, pero ello no es el caso nuestro, por que de manera expresa la normativa precitada reconoce la vigencia de la retroactividad de la norma penal, cuando esta es favorable al justiciable.

El fundamento de semejante garantía no debe circunscribirse a móviles de exclusiva piedad, o de gracia de la autoridad, en el fondo esta latente una de las funciones del derecho penal, en su sentido de límite, por cuanto, una de los objetivos del derecho penal, es también ser un instrumento de garantía de la libertad de los gobernados, con lo cual el principio de retroactividad de la ley favorable, partiría del favor libertatis, en el sentido que no es razonable que los derechos de las personas sigan bajo un modelo de restricción cuando las valoraciones sobre la configuración del hecho punible han sido modificadas.

El otro aspecto de aplicación de la garantía de retroactividad de la ley favorable, lo constituye la llamada ultractividad de la ley penal, por el cual una norma penal más favorable, que ha sido derogada, puede ser aplicada –por regla general– en tanto la norma posterior sea más desfavorable; sin embargo para que ello sea posible, debe concurrir un requisito sine quoniam el cual radica en el momento de ejecución del hecho, de tal manera que el hecho debe haber sido ejecutado en la vigencia de la ley anterior favorable, si ello es así la nueva norma –que es la desfavorable– se torna irretroactiva y la anterior se vuelve ultractiva.

Empero, si el hecho sucede con el advenimiento de la nueva ley penal, aunque esta sea desfavorable debe ser aplicada, con una sola limitación para su aplicación, la norma reciente, debe ser conforme con la Constitución, es decir debe respetar los principios,

derechos, libertades y garantías que la Constitución estatuye, si hay simetría de la nueva ley con la normativa constitucional, aunque sea desfavorable el precepto, debe ser aplicado, y en este caso no puede aplicarse la ultractividad de la ley anterior por que los hechos sucedieron en la vigencia de la normas posteriores.

La garantía de irretroactividad de las normas penales, cuando son desfavorables, en el modelo del common law tiene un amplio reconocimiento, tanto como en el sistema continental; sin embargo, tal principio cubre otras áreas importantes, que en los modelos del civil law, no se entienden comprendidas, como lo es el caso de la prohibición de retroactividad desfavorable de interpretaciones perjudiciales de las normas penales –United States vrs. Albertini²¹⁴. 1987. 830. E. 2d 985– por cuanto están prescritas de aplicación retroactiva, aquellas interpretaciones posteriores desfavorables, esta peculiaridad del sistema anglosajón, tiene su justificación, en el modelo de precedentes, pero ello no es óbice para reconocer su vigencia en el sistema continental, en el sentido que estén prohibidas aquellas interpretaciones desfavorables de las normas penales que se apliquen de manera retroactiva, a conductas realizadas antes de que se realizara tal interpretación, por cuanto como se ha dicho estas interpretaciones perjudiciales ex post facto, aplicadas retroactivamente, son arbitrarias y afectan la seguridad jurídica de los gobernados, violentando con ello la garantía del debido proceso²¹⁵.

214. El caso fue decidido por Cámara Federal de Apelaciones del 9° Circuito de los Estados Unidos y el resumen era el siguiente: "La Cámara de apelaciones había absuelto a una persona acusada de ingresar sin permiso a una base militar por considerar que estaba amparada por el derecho constitucional a la libertad de expresión. El fallo fue apelado por el Gobierno federal ante la Corte Suprema y, antes de que la Corte declarara formalmente admisible el recurso, el acusado Albertini –luego de consultar con su abogado– realizó varias manifestaciones en la base militar, desafiando la orden militar que le prohibía hacerlo. Con posterioridad la Corte Suprema revocó el fallo de la instancia anterior, pues consideró que el acusado no estaba amparado por el derecho constitucional a la libertad de expresión. Como consecuencia el gobierno acusó a Albertini logrando su condena por las manifestaciones realizadas luego de la primera absolución, pero con anterioridad a que la Corte Suprema decidiera examinar el caso. Albertini apeló por que consideró que la garantía constitucional del debido proceso prohibía la aplicación retroactiva del fallo de la Corte Suprema... la Cámara de Apelaciones le dio la razón". HENDLER Edmundo S. GULLCO Hernán V. "Casos de Derecho Penal Comparado". Segunda edición corregida y aumentada. Editores del Puerto. Buenos Aires. Argentina. 2003 p 11 a 12.

215. Los fundamentos de la Cámara Federal de Apelaciones fueron los siguientes: "El gobierno sostiene que el proceso en el cual los planteo Albertini fueron finalmente resueltos en su contra por la Corte Suprema fue un caso o controversia único y que este tribunal no debería dejar abierta la posibilidad de que alguien realice la conducta cuestionada, en tanto que existía la posibilidad de que la Corte Suprema examinara el caso. Albertini dice que luego de haber recibido una decisión favorable de este tribunal, y ante, al menos de que el recurso del gobierno (ante la Corte Suprema) fuera concedido, estaba actuando dentro de sus derechos legales y que tenía un derecho fundado en el debido proceso a confiarse en la decisión de este tribunal. La Constitución de los Estados Unidos dispone que ni el congreso ni ningún estado sancionarán leyes ex post facto. La prohibición en contra de las disposiciones ex post facto impide toda ley que convierta en delictiva, sancionándola, una acción realizada antes de la sanción de esa ley y que era impune al ser realizada. Si bien la cláusula ex post facto se aplica a la legislación y no a los tribunales, el principio en el cual se funda la cláusula –la idea de que toda persona tiene derecho a una advertencia leal respecto de la conducta que dará lugar a sanciones penales– es fundamental para nuestro concepto de libertad constitucional. En efecto Albertini obtuvo una sentencia declarativa de este tribunal en el sentido de que las acciones por él realizadas eran legítimas. Si la cláusula del debido proceso ha de tener algún significado, debería significar que una persona, que es beneficiaria de la última decisión de un tribunal que declare que sus actividades se encuentran constitucionalmente protegidas, debería estar en condiciones de basarse en esa decisión para proteger actividades similares de una conducta penal hasta que esa decisión sea revocada o al menos hasta que la Corte Suprema declare al recurso

(II) Garantía de certeza o de precisión. El llamado mandato de certeza involucra la garantía de que las normas penales han de ser precisas e inequívocas, lo cual esta íntimamente vinculada a la construcción del tipo penal, a tal grado que algunos autores le han denominado principio de tipicidad, y como tal, esta destinado casi con exclusividad al legislante –aunque no sólo a él– en el sentido que la descripción típica debe ser cierta y precisa²¹⁶.

Importa la vigencia del mandato de certeza, que las normas penales deber ser determinadas de manera suficiente, tanto en el ámbito de la descripción de la prohibición, como en lo que atañe a la configuración de la pena²¹⁷, de nada serviría tener unas normas reservadas al poder legislativo en grado formal, y que fuesen previas, si las mismas se configuraran de manera imprecisa, por cuanto ello significaría la desregulación de estos mismos principios, en manos de otro poder que podría a su arbitrio configurar el tipo penal, mediante la labor de interpretación; de ahí que la exigencia de la ley cierta esté estrechamente vinculada a la garantía de ley estricta²¹⁸.

Este imperativo del principio de legalidad exige que los tipos penales se formulen de una manera tal, que los hechos prohibidos o mandados estén descritos de manera precisa²¹⁹; como se nota,

(interpuesto contra la sentencia absolutoria formalmente admisible)... Albertini actuó durante un periodo en el cual creyó razonablemente que sus actos estaban protegidos a la luz de la decisión en "Albertini" (I) No puede ser condenado por actuar confiando en esa opinión, al menos hasta que la Corte Suprema hubiera declarado el recurso formalmente admisible. Resolver lo contrario llevaría a aprobar una especie de "celada" realizada por el gobierno, condenando a Albertini por actos que el gobierno le había dicho que estaban protegidos de la persecución penal por la Primera Enmienda. Cuando la celada ha sido causada por una decisión judicial, el argumento a favor de reconocer una defensa basada en la creencia razonable es aún más fuerte, dado que los tribunales son los organismos encargados de interpretar la ley". . HENDLER Edmundo S. GULLCO Hemán V. "Casos de Derecho Penal Comparado..." op cit p 12 a 13.

216. Sobre ello se ha dicho: "Es muy importante que en la determinación prescriptiva de conductas punibles, no se utilicen conceptos oscuros e inciertos, que pueden inducir a la arbitrariedad, pues cada individuo debe entender perfectamente a qué atenerse, lo que reclama al legislador que las leyes penales sean precisa y claras. Por tanto, el principio de legalidad incorpora una garantía de orden material que supone la imperiosa necesidad de predeterminación normativa de las conductas ilícitas y de las sanciones correspondientes, mediante procesos jurídicos que permitan predecir, con suficiencia grado de certeza, las conductas que constituyen una infracción y las penas o sanciones aplicables. Por tanto, no pueden considerarse conforme al art. 15 Cn los tipos formulados en forma tan abierta que su aplicación depende de una decisión prácticamente libre y arbitraria de los jueces y tribunales. Sentencia de Inconstitucionalidad de la Ley Anti Maras pp 191 a 192.

217. Sobre la legalidad de la configuración de delitos y penas se dijo: "Tales aseveraciones, evidencian la íntima relación entre el principio de legalidad y el valor seguridad jurídica, pues el primero, es una derivación lógica del segundo. Con el mandato de predeterminación normativa de los tipos y de las penas con que se penaliza su realización se asegura a los ciudadanos que la interpretación y aplicación de las normas penales por parte de los jueces no se va a traspasar, en ningún caso, la barrera infranqueable de la letra de la ley, evitándose así toda tentación de creación jurisprudencial de delitos y penas. Sentencia de Inconstitucionalidad de la Ley Anti Maras p 192.

218. En el sistema del common law el principio de tipicidad en el sentido de garantía de certeza ha sido reconocido bajo la exigencia del principio de precisión –the void vagueness doctrine– por la cual se requiere que la ley determine en su contenido una clara advertencia previa –fair warning– de lo prohibido al gobernado, lo cual exige que la construcción del delito debe ser lo suficientemente clara para que lo entienda un ciudadano común –average man– sólo así, se entiende garantizado el derecho al debido proceso como garantía constitucional derivada para la enmienda V para la jurisdicción federal y de la enmienda XIV para la jurisdicción estatal. Confrontar: HENDLER Edmundo S. "Derecho Penal y Procesal Penal de los Estados Unidos" op cit p 28 a 29.

219. Señalando la garantía de ley estricta, asociada a la garantía de tipicidad, se ha manifestado por Sala de lo Constitucional, en sentencia de inconstitucionalidad IS. 15-96/16-96/17-96/19-96/20-96/21-96/23-96. Acum. Lo siguiente: "A efectos de esta sentencia interesa la denominada garantía criminal, que también se

la exigencia de esta formulación esta explicitada sobre la actividad configurativa del legiferante, que tiene el deber de construir tipos penales de manera clara y determinada, con lo cual, se destierran las formulaciones indefinidas o mediante cláusulas genéricas, que no importan una verdadera descripción de las conductas humanas, con las modalidades que le sean atinentes y con la constitución de elementos verificables en la realidad; la admisión de normas penales o de carácter administrativo sancionador que sean imprecisas o vagas²²⁰, tornan sumamente discrecional la actuación de las autoridades en cuanto a los ámbitos de aplicación de las mismas, generando ámbitos de arbitrariedad y desigualdad, afectando la seguridad jurídica²²¹.

engloba en el aforismo *nulla poena sine lege scripta* el cual significa que los delitos y las penas sólo se pueden crear por ley, excluyendo por tanto la costumbre, la jurisprudencia y los principios generales del derecho como fuentes directas del Derecho Penal. Tomando en cuenta el anterior marco conceptual, es necesario ahora considerar los alcances y límites que el principio de legalidad adquiere en el derecho penal, especialmente en lo relativo a la tipificación de las conductas delictivas, pues si se considera la manifestación que el mismo adquiere en el Art. 1 CP –en el cual se exige la previsión en forma “precisa e inequívoca” de los hechos punibles– ello obliga a determinar el significado de tales expresiones. Para tal fin en primer lugar hay que recordar que, como exponen Miguel Angel Trejo et. al., en un sentido amplio el tipo penal “abarca la totalidad de los presupuestos materiales de la punibilidad”, y, en este sentido, se concibe como un tipo garantía que abarca todos los elementos que condicionan la aplicación de la pena”. A tal caracterización del tipo penal hay que agregar que los alcances y límites del principio de legalidad en materia de tipificación de conductas delictivas, está determinado por el nivel de generalidad incitó en la construcción en abstracto de los elementos que configuran la situación elevada a la categoría de delito por el legislador; y no es posible exigir al legislador el nivel de concreción propio de la realidad que valora el juez. De lo anterior se concluye que siendo el tipo penal una construcción lógica de la situación hipotética conminada en abstracto con la imposición de una pena, la misma debe hacerse con el mayor nivel de precisión y claridad que permitan los marcos o límites de tal construcción, lo cual no puede llevar a exigir al legislador a un nivel de precisión que sólo puede ser hecho por el juzgador a la vista de la situación fáctica que le corresponde decidir.

220. En nuestra realidad, y dado lo prolífico de las normas administrativas sancionadoras –como por ejemplo ordenanzas o normas reglamentarias de carácter punitivo – es oportuno indicar la vigencia del principio de certeza o de precisión, e ilustrarlo –paralelamente– con el caso *Papachristou vrs City Jacksonville*, cuyo resumen es el siguiente: “Los apelantes habían sido condenados por violar una ordenanza municipal de la ciudad de Jacksonville, Florida. Entre otros aspectos la ordenanza disponía que: “serían considerados vagos y sancionados (...) las personas que vagaran de un lado a otro sin ningún objetivo legítimo, los vagos habituales, personas perturbadoras, personas que no realicen ningún negocio legítimo y que pasen habitualmente su tiempo frecuentando casas de mala fama, garitos, o lugares en los cuales se vendan o sirvan bebidas alcohólicas, personas que sean capaces de trabajar pero que habitualmente vivan de los ingresos de sus esposas o de sus hijos menores...” HENDLER Edmund S. GULLCO Hernán V. “Casos de Derecho Penal Comparado...” op cit p 6.

221. Sobre el principio de certeza, es importante destacar la exigencia del mismo en los modelos anglosajones, que han erigido la defensa de las garantías y libertades constitucionales, proscribiendo normas imprecisas que generan un actuar demasiado discrecional para cualquier autoridad, lo anterior se ilustra de manera significativa con los fundamentos esgrimidos en el caso *Papachristou vrs City Jacksonville*. Corte Suprema de los Estados Unidos. 450 U.S. 156 (1972) de los cuales se citan: “La ordenanza es inválida en razón de su vaguedad por que omite dar a una persona de inteligencia normal una advertencia leal de que la conducta que se tiene proyectada está prohibida por la ley (...) y por que fomenta los arrestos y condenas arbitrarias (...) El vivir en un estado de derecho conlleva varios supuestos, uno de los cuales es que “todas las personas tienen derecho a estar informadas acerca de lo que el Estado ordena o prohíbe (...) Otro aspecto de la vaguedad de la ordenanza aparece cuando nos concentramos ya no en su falta de advertencia a un delincuente potencial, sino en el efecto de discrecionalidad ilimitado que pone en las manos de la policía de Jacksonville. Caleb Foot, uno de los primeros estudiosos de este tema, ha calificado a la legislación sobre vagancia como “un castigo por analogía” (...) Si bien tales delitos han sido comunes en Rusia, no son compatibles con nuestro sistema constitucional. Permitimos a nuestra policía efectuar arrestos únicamente en razón de una causa probable. Este estándar es aplicable tanto a los estados como al gobierno federal, en virtud de las enmiendas Cuarta y Decimocuarta de la Constitución. Arrestar a una persona por sospechas, como arrestar a una persona para investigarla, es extraño a nuestro sistema, aún cuando el arresto se funde en la criminalidad pasada. Sin embargo, la criminalidad futura es la justificación habitual de las leyes sobre la vagancia (...) Por supuesto que

Pero este principio a nivel sistemático cumple otro cometido, por cuanto, resulta indispensable para que las normas penales puedan cumplir la función de motivación y de prevención que se les asigna, que los destinatarios de las normas, puedan comprenderlas de manera más o menos clara, de no ser así, la función motivadora y preventiva de la norma penal, perdería sentido y no podría ser exigida ni actual –en sede de tipo– ni potencialmente –en sede culpabilidad–. En virtud de ello, por el principio de ley cierta se exige que la descripción de prohibición y de las penas, puedan ser efectivamente conocidas por los gobernados, para que se determine cual es el alcance de la prohibición²²².

Conviene entonces que se examinen ciertos presupuestos que se derivan del mandato de certeza: a) La garantía de precisión es una obligación para el legiferante en el sentido que la construcción de la tipología penal, debe ser realizada con la mayor claridad y precisión posibles, lo cual servirá para evitar la configuración de tipos penales abiertos, que dejen al arbitrio de los jueces su aplicatividad²²³.

Si es importante indicar en este punto, que siendo el lenguaje la forma de construcción de los tipos penales, ello implica una valoración comunicacional que no es neutra, ni puede aspirarse a que la misma tenga una conceptualización absoluta, en cuanto a la precisión de las realidades que sintetiza; de ahí que éste margen

las leyes sobre la vagancia son útiles a la policía. Por supuesto que son redes que permiten atrapar fácilmente a los llamados indeseables. Pero el estado de derecho implica igualdad y justicia en su aplicación. Las leyes sobre vagancia del tipo de Jacksonville enseñan que las balanzas de la justicia están tan inclinadas que hacen imposible una aplicación equitativa de la ley. El estado de derecho, aplicado equitativamente tanto a las minorías como a las mayorías, a los pobres como a los ricos, es el cemento que mantiene unida a nuestra sociedad. La ordenanza de Jacksonville no puede ser compatible con nuestros estándares constitucionales y es claramente inconstitucional. Se revoca la sentencia apelada". HENDLER Edmundo S. GULLCO Hernán V. "Casos de Derecho Penal Comparado..." op cit pp 6 a 8.

222. Es sumamente ilustrativo respecto de los alcances del mandato de certeza, el ejemplo socrático que se narra: "Según cuenta Jenofonte en sus 'recuerdos socrático' cuando se instauró en Atenas la dictadura de los Treinta Tiranos, Sócrates, fue llamado a comparecer ante Critias y Caricles, encargados de redactar las leyes del nuevo régimen. Éstos le mostraron el texto de una ley que prohibía la enseñanza del arte de la palabra (techne logon), y en virtud de esa ley le prohibieron que conversara con los jóvenes. "Para que yo vea con seguridad", dijo Sócrates a Caricles, "si me aparto de lo que me es prescrito, indicame hasta que edad los hombres están en juventud". "Lo están" respondió Caricles, "mientras no les es permitido entrar al senado por no haber conseguido aún los conocimientos indispensables". "Por consiguiente" añadió "no hables a los jóvenes de menos de treinta años". FERRERES COMELLA Víctor "El principio de taxatividad en materia penal y el valor normativo de la jurisprudencia. Una perspectiva constitucional. Civitas. Madrid, España 2002 p 14.

223. Sobre ello se ha resuelto: "De ahí la exigencia dirigida al legislador penal, en el sentido de procurar utilizar un lenguaje claro y comprensible al describir las conductas prohibidas, evitando en lo posible la utilización de conceptos jurídicos indeterminados que pudiesen dar lugar a la aparición de divergencias interpretativas. Sin embargo es preciso hacer las siguientes acotaciones a la anterior afirmación: (i) el Legislador penal no está constitucionalmente obligado a acuñar definiciones específicas para todos y cada uno de los términos que integran la descripción típica, sino sólo cuando se sirva de expresiones que, por su falta de arraigo en la cultura jurídica, carezcan de toda virtualidad significante; (ii) la utilización de conceptos jurídicos abiertos que permitan un margen de interpretación objetivamente determinable, no se opone por consiguiente al principio de legalidad penal, cuando de ellos se desprende con la mayor claridad posible cuál es la conducta prohibida o la acción ordenada; (iii) son, por el contrario incompatibles con la exigencia de lex certa aquellos conceptos que, por su amplitud o vaguedad dejan en la más absoluta indefinición los tipos punibles; en cualquier caso son contrarios al artículo 15 Cn. los tipos formulados en forma tan abierta que su aplicación o inaplicación dependa de la decisión prácticamente libre y arbitraria de los jueces". Sentencia de Inconstitucionalidad de la Ley Anti Maras p 192 a 193.

irreductible no afecta el mandato de certeza, en cuanto el supuesto de hecho se construya, de la manera más precisa posible, es decir bajo conceptos que permitan una racional determinación de su significado.

El mandato de certeza prohíbe el uso de conceptos valorativos excesivamente indeterminados²²⁴, la recurrencia a elementos normativos en la construcción de los tipos penales no está vedada en principio, pero no le es dable al legislador el abuso de los mismos ni en cantidad, ni en extensión, de ahí que cuando en el precepto penal se utilicen cláusulas normativas excesivamente abiertas, se estará transgrediendo el mandato de certeza²²⁵.

De ahí que, la exigencia de que el tipo penal, formule una descripción cierta, se opone a la construcción de los llamados “tipos penales abiertos”, los cuales se caracterizan por su indeterminación, en cuanto a las prohibiciones o mandatos que formulan; lo cual lleva a la construcción de figuras inexactas en materia de tipología penal, y ello permite al aplicador, una discrecionalidad que no es legítima²²⁶ a la formulación de los tipos penales abiertos se opone la garantía de tipicidad ya declarada por Beling en en el sentido que no puede haber “ningún delito sin tipicidad” –Kein Verbrechen

224. En cuanto a la creación de tipos penales mediante formulad indeterminadas se expresó: “La creación de tipos penales mediante el suio de conceptos jurídicos indeterminados, conceptos abiertos o cláusulas generales, no debe realizarse en contradicción con la inevitable exigencia de taxatividad de las descripciones típicas, la cual obliga que tales conceptos generales sean cuando menos determinables conforme a pautas objetivas, repetibles y técnico-jurídicas, y no en virtud de valoraciones subjetivas y metajurídicas del juez. De ser así, la utilización de tales conceptos absolutamente indeterminados por parte del legislador como la aplicación por los órganos judiciales de los tipos penales en los que se contenga serían contrarias al principio de legalidad penal recogida en el art. 15 Cn y por consiguiente al valor seguridad jurídica consagrado en el art. 1 de la misma. Sentencia de Inconstitucionalidad de la Ley Anti Maras p 193.

225. Con relación al principio de certeza, el máximo tribunal penal en setencia de las de las ocho horas y treinta minutos del día diecisiete de enero del dos mil tres (110-01) ha expresado: “Respecto al primero de los motivos es necesario recordarle al recurrente que en algunos casos el supuesto de hecho como la consecuencia jurídica del tipo penal se integra con otros preceptos complementarios, al respecto la doctrina penal advierte que esta situación de alguna manera presenta problemas de seguridad jurídica poniendo en riesgo el principio de certeza que informa la norma penal, Art.1 Pn. Con base a lo anterior es necesario tener en cuenta en el presente caso el Art.584.1 del Código de Comercio, Art.9 de la Ley de Procedimientos Mercantiles así como el Art.26 literal “c” del Convenio Centroamericano para la Protección de la Propiedad Industrial. De manera que no se puede sostener el argumento del recurrente quien afirma que hace falta un elemento del tipo penal, pues el objeto decomisado no es estancado ni de importación prohibida. Afirmación que no es sostenible al tener en cuenta las normas mercantiles que complementan el tipo penal en cuestión”.

226. Respecto de la prohibición de tipos penales abiertos, la Sala de lo Constitucional por sentencia IS. 15-96/16-96/17-96/19-96/20-96/21-96/23-96. Acum. Indicó: “Pero en el presente caso, hay que hacer un análisis a partir de la necesidad que la tipificación legal sea determinada lo suficiente para garantizar la seguridad jurídica de los gobernados, a efecto de concluir si la disposición impugnada constituye un tipo penal abierto. Ilustrativo resulta sobre este tema, lo decidido por el Tribunal Constitucional español en la sentencia 102/94 del diecisiete de mayo de ese año, en la cual dijo que: “El principio de legalidad, exacerbado en el ámbito del ius puniendi del Estado y de la potestad sancionadora de las Administraciones públicas (...) exige la presencia anterior al hecho inculminado de una Ley, vedando cualquier tentación de *lex ex post facto*, que además debe tener el suficiente grado de precisión, inteligibilidad y de certeza en la configuración de cada tipo penal o descripción estereotipada de conductas punibles, sin que resulten admisibles desde esta perspectiva las configuraciones difusas por excesivamente genéricas”. Ya que la tipificación necesariamente debe realizarse por medio de una ley, si esta reviste el carácter de ser “incompleta y variable” se concluye que la misma no cumple con el requisito de previsión precisa e inequívoca que se exige para la tipificación, requisito que deriva del principio constitucional de legalidad. Y es que, si el tipo penal abarca todos los elementos que condicionan la aplicación de la pena, tal descripción debe identificar adecuadamente la conducta punible, en la medida que sea necesaria para cumplir con los requerimientos del principio de legalidad”.

onhe tabestand- .

Son tipos abiertos aquellos: “en los que falta una guía objetiva para completar el tipo, de manera que prácticamente de la mano del texto legal no podría hacerse una distinción entre comportamiento prohibido y permitido. No obstante la teoría de los tipos abiertos debe ser rechazada, pues si el tipo se concibe en el sentido de clase de injusto (Unrechtstypus), sólo puede ser imaginado como “cerrado” por que en otro caso le faltaría precisamente la característica propia del tipo”²²⁷.

Tan importante es la garantía del mandato de certeza respecto del tipo penal, que modernamente, también se le señala como garantía de tipicidad²²⁸, lo cual indica que no puede haber delito sin tipicidad, es por ello que, en la construcción del tipo penal, están interdictas la utilización de cláusulas genéricas, gaseosas o porosas, es decir sin sustrato fáctico, que permita una precisión de las conductas desmerecidas, que ya no pueden ser configuradas de manera difusa, genérica o confusa, la ley debe cumplir el mandato de certeza o de taxatividad²²⁹.

B. Principio de prohibición de analogía. Garantía de ley estricta. Dicho principio tiene como finalidad primordial, conjurar del ámbito del derecho penal, la aplicación analógica de la ley penal, en el sentido que por la misma se configuren los preceptos penales mediante la función de aplicación de ley penal y su interpretación que corresponde como materia reservada a la jurisdicción²³⁰, lo anterior tiene una razonable explicación de orden

227. En tal sentido JESCHECK Hans-Heinrich “Tratado de Derecho Penal”. 4° edición... op. cit p 223. Es oportuno agregar que los tipos penales abiertos en el sentido de ser normas penales absolutamente indeterminadas son inviables desde el principio de legalidad y la exigencia del mandato de certeza en la formulación de los tipos penales, ello implica que la construcción de la tipología penal debe ser cerrada en el sentido de determinar de la manera más precisa posible la formulación de las conductas –acciones u omisiones– antinormativas, lo cual implica que el área interpretativa para los aplicadores, debe quedar lo más determinada posible, para que no sea posible la configuración de la ilicitud por otras autoridades que no sean los legisladores, ello es uno de los fundamentos de la prohibición de los tipos abierto –offene Tabestände– por cuanto además es exigencia política que las normas penales sean comprendidas con sencillez en cuanto a los aspectos que prohíbe o manda.

228. En lo concerniente al principio de tipicidad, la prohibición de interpretación para perjudicar, y la habilitación de interpretación en lo favorable se ha sostenido Respecto del primer punto es imprescindible destacar que los jueces no pueden instruir procesos por los hechos que no estén previstos por la ley en forma precisa e inequívoca como hechos punibles, es decir que el hecho debe adecuarse al tipo penal. Enrique Bacigalupo en su obra “Lineamientos de la Teoría del Delito” conceptúa al tipo penal como: “la descripción de la conducta prohibida por una norma, por lo que a esa descripción debe ajustarse un hecho concreto para que pueda sostenerse como típico(...) Como corolario de lo anterior, se desprende que el legislador proscribió la para configurar tipos penales o para imponer sanciones y sin embargo existe la posibilidad de hacer uso de la interpretación analógica; no obstante dicha interpretación debe hacerse para favorecer al reo, pues en materia penal tiene vigencia el principio “in dubio pro reo”. Es decir como argumenta Legaz Lacambra, “que en el derecho penal, la se justifica únicamente por el favor humanitatis es decir como garantía de la eminente dignidad del hombre. Sala de lo Constitucional. HS012B96. 96.

229. QUINTERO OLIVARES Gonzalo “La Justicia Penal en España”. Aranzandi. Pamplona. España. 1988 p 122.

230. Señalando la Prohibición de analogía. Sala de lo Constitucional. HS015300. 00. “El principio de legalidad, recogido en la disposición constitucional antes citada, aplicado a la materia procesal penal, pretende evitar que los procesos se ventilen de manera arbitraria, es decir sin respetos a las garantías constitucionales que todo proceso debe cumplir y que se encuentran previamente establecidas en nuestra Constitución. Y es que, en aplicación de tal principio a los jueces de lo penal se les prohíbe: a) conceptualizar como delito para efecto de

constitucional, fundamentada en el principio de reserva –que aquí se conecta al de ley estricta– y el en el principio político de separación de poderes, por cuanto a los jueces les está vedado, la creación del delito y de las sanciones penales; atribución que es exclusiva del poder legiferante.

Quizá por lo anterior, es que respecto a la vigencia de este principio de antiquísimo había cierta oposición a la función del juez como interprete de la ley²³¹, y se pretendía un juez *le bouche o loi*; empero tampoco se puede perder de vista que el juez de esa época era el juez del Ancien Régim, del que desconfiaba el pensamiento ilustrado²³²; tal visión modificada gradualmente con el devenir de los tiempos, ha conferido al juez la competencia de interpretar la ley y no ser sólo boca de la misma, teniéndose en cuenta en esta tarea, la ductilidad del lenguaje, así como su imprecisión²³³.

instruir un proceso penal un hecho que el Código Penal no haya expresamente previsto como delito o falta; b) imponer una pena que no esté expresamente determinada por la ley material penal; c) aplicar la para solucionar las posibles lagunas de ley penal y de aplicar retroactivamente las leyes a menos que favorezcan al reo (...) la delimitación del concepto de es particularmente importante puesto que al menos cuando ésta redunde en perjuicio del imputado analogía in malam partem, constituye una vía de aplicación de la ley contraria a la exigencia de certeza que encierra el principio de legalidad penal (...) importa por ello, distinguir la de la interpretación, ya que a diferencia de aquella ésta siempre es lícita en derecho penal, aunque se trate de interpretación extensiva que perjudique al reo. La diferencia entre interpretación –siempre permitida– y –prohibida si perjudica al reo– es la siguiente: mientras que la interpretación es búsqueda de un sentido del texto legal que se halle dentro de su sentido literal posible, la supone la aplicación de la ley penal aun supuesto no comprendido en ninguno de los sentidos posibles de su letra, pero análogo a otros sí comprendidos en el texto legal; sin embargo existe la posibilidad de hacer uso de la no obstante debe hacerse para favorecer el reo, pues en materia penal tiene vigencia el principio in dubio pro reo, es decir como argumenta Legaz Lacambra que en el derecho penal se justifica únicamente por el favor humanitatis, como garantía de la eminente dignidad del hombre’.

231. Ya Beccaria advertía: “Tampoco la autoridad de interpretar las leyes penales puede residir en los jueces de lo criminal, por la misma razón de que no son legisladores... En todo delito debe hacerse por el juez un silogismo perfecto: la premisa mayor debe ser la ley general; la menor la acción conforme o no con la ley; la consecuencia la libertad o pena... No hay cosa más peligrosa que aquel axioma común de que es necesario consultar el espíritu de la ley. Esto es un dique roto al torrente de opiniones... El espíritu de la ley sería, pues, el resultado de la buena o mala lógica del juez, de una mala o buena digestión; dependería de la violencia de sus pasiones, de la debilidad del que sufre, de las relaciones del juez con el ofendido, y de todas aquellas pequeñas fuerzas que cambian las apariencias de cada objeto en el ánimo fluctuante del hombre”. BECCARIA Cesare “De los Delitos y de las Penas...” op cit p 31.

232. Sin embargo Hobbs en su tiempo –dada la visión de la aplicación del derecho– era partidario de la interpretación judicial respecto de la ley, por ello decía: “La ley no es siempre aquello que se significa mediante la interpretación gramatical de la letra, sino lo que por medio de ella pretendía el legislador que estuviera en vigor; intención ésta que lo admito, muchas veces es muy difícil extraer de las palabras del estatuto y que requiere una gran capacidad de entendimiento y larga meditación, así como considerar el conjunto de circunstancias e inconvenientes que requirieron una nueva ley como remedio”. HOBBS Thomas “Diálogo entre un filósofo y un jurista y estudios autobiográficos. Tecnos. Madrid. España 1992 pp 61 a 62.

233. Sobre el alcance de la función interpretativa de la ley, ante la realidad de que toda norma debe ser interpretada, y que el aforismo de que la ley es clara, es sólo una quimera, es conveniente citar a James Madison quien –en aquel tiempo– sostenía que: “Todas las nuevas leyes, a pesar de que se forman con la mayor habilidad técnica y que son aprobadas después de amplia y madura deliberación, se consideran más o menos equívocas y oscuras, hasta que su significación se depura y se fija mediante una serie de discusiones y resoluciones judiciales en casos concretos. Además de la oscuridad que es resultado de la complejidad de los objetos y de la imperfección de las facultades humanas, el medio a través del cual los hombres transmiten sus ideas agrega una nueva dificultad. Las palabras sirven para expresar ideas; por lo tanto, la lucidez exige no sólo que las ideas se conciben con claridad, sino que se expresen con palabras distintas y exclusivamente apropiadas a ellas. Pero ningún idioma es lo bastante rico para proporcionar palabras y locuciones para cada idea compleja, ni tan correcto que no incluya muchas equivocadamente denotativas de distintos conceptos. De ahí que, por muy exactamente que se diferencien en sí mismo los objetos y por mucha que sea la precisión con que se piense en esa diferencia, su definición puede resultar inexacta por la inexactitud de los términos con que se exprese. Y esta inevitable inexactitud puede ser mayor o menor según la complejidad y la novedad

Sin embargo, aún reconociendo que le corresponde al juzgador la facultad de interpretación de las normas, desvinculada de la ratio legislatoris, en materia de interpretación como primer estadio se propone como método primordial de interpretación el lingüístico o gramatical, el cual consiste en determinar el significado de los vocablos mediante las cuales se construyen las prescripciones penales; la utilización de tal modelo, que no debe ser desechada ab initio por cuanto ayuda a garantizar el principio de ley estricta, tampoco debe ser utilizado como única metodología de interpretación, por cuanto aún la construcción de los tipos penales bajo cláusulas descriptivas no están exentas –por la cuestión comunicacional– de valoración en cuanto a la fijación del contenido de su significación.

No obstante lo anterior –como ya lo apuntamos– los límites de esta actividad son sumamente complejos, puesto que involucran la labor de interpretación de las normas, desde una perspectiva comunicacional, por la necesidad de construcción de las normas penales, mediante la simbología del lenguaje²³⁴. De ahí que, el pensamiento penal ha sustentado que, en virtud de este principio, lo que resulta proscrito, es la creación analógica de la ley penal, incluyendo las cuestiones atinentes a las consecuencias jurídicas.

Por el contrario, la interpretación analógica de los tipos penales es permitida, siendo la misma legítima, puesto que no hay otra forma de elucidar las normas, que no sea interpretándolas, pero la condición de tal interpretación se vincula a los aspectos siguientes: (1) el constreñirse al límite del tenor literal de la norma penal; (2) la prohibición de interpretación extensiva o in malam partem; (3) ante normas complejas por su extensión interpretativa, la aplicación de la interpretación restrictiva; (4) la posibilidad de interpretación favorable o in bonam partem; (5) en caso de duda en la interpretación de la norma jurídicopenal aplicación del principio in favor rei.

En resumen podemos indicar que la analogía, como fuente de producción normativa, esta desterrada de la sistemática penal, por cuanto la misma significa la plasmación de las normas penales tanto en el supuesto de hecho como en la sanción, aún por vía integrativa, y por ello viola el principio de legalidad, no sólo en el mandato de ley estricta, sino en el de ley escrita por afectar, el principio de reserva de ley. Que también esta prohibida la

de los objetos definidos. Cuando el mismo todopoderoso se digna a dirigirse al genero humano utilizando el lenguaje de éste, su intención, luminosa como seguramente es, se vuelve oscura y ambigua debido al nebuloso medio a través del cual nos la comunica". A. HAMILTON. J. MADISON. J. JAY. "El Federalista". Fondo de la Cultura Económica. México D.F. 1943 p 150.

234. En tal sentido, sobre las limitaciones de las formulaciones lingüistas y los ámbitos de la interpretación, respecto del principio de legalidad ver: 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 147; HASSEMER Winfried "Crítica al Derecho Penal de Hoy". Norma, interpretación, procedimiento. Límites a la prisión preventiva. Traducción de Patricia Ziffer. AD-HOC. 2° edición. Buenos Aires. Argentina. 1998 pp 23 a 44.

interpretación extensiva cuando fuera del sentido literal posible²³⁵, se hace coincidir la voluntad del legislador con la formulación del precepto²³⁶, con lo cual se realiza una interpretación in malam partem²³⁷, misma que viola el principio de ley estricta²³⁸. Que la interpretación restrictiva, si es conforme con el principio de legalidad, que se erige como límite del poder penal.

Como corolario debe señalarse, una especial forma de interpretación, que se manifiesta mediante un reenvío normativo de un precepto penal a otro semejante; normalmente estas formulaciones están previstas por la misma ley, resultando ser legítimas –es decir conforme con el principio de legalidad– si se explicita con claridad, la formula que servirá de base para la interpretación, y si el interprete en la labor hermenéutica, utiliza la vía restrictiva, lo cual significa, hacer una intelección sobre la base normativa que el legiferante ha prescrito.

2. LOS PRINCIPIOS EN EL PROCESO PENAL.

2.1 PRINCIPIO DE JUICIO PREVIO.

Este postulado parte de la idea fundamental, que ninguna consecuencia jurídica puede aplicarse a una persona, si esta no ha sido oída y vencida en juicio, es decir que se requiere de una etapa específica en la cual, con todas las garantías y ante una autoridad ya predeterminada, se juzgará al acusado, al cual únicamente se

235. AMELUNG Knut "Contribución a la crítica del sistema jurídicopenal de orientación politicocriminal de Roxin. Traducción de Francisco Muñoz Conde en "El sistema Moderno del Derecho Penal. Cuestiones fundamentales". Tecnos, Madrid, España. 1991 pp 96 a 97.

236. En relación a la prohibición de interpretación extensiva, se ha expresado: "Ha quedado demostrado que no ha mediado en el caso sub iudice sustracción del vehículo por parte del imputado, pues el abuso que hiciera el imputado del derecho conferido trasladándose a otro lugar distinto del convenido, no convierte tal conductas en un hurto de uso, pues al mediar autorización inicial que consentía que el imputado pudiese llevarse el vehículo. Desaparece la sustracción, pues esta no es equiparable a entrega o abuso de facultades, la sustracción para que sea tal tiene que ser clandestina, en el sentido de no mediar ningún tipo de consentimiento que permita al sujeto activo disponer del bien, si la disposición en este caso del vehículo se ha realizado con la aquiescencia expresa o tácita del sujeto pasivo, ya no es posible calificar el hecho como hurto, aunque el sujeto activo se haya excedido o abusado de las facultades concedidas, tal conducta puede constituir un ilícito pero no penal sino de otro orden, pues como se dijo el derecho penal es un sistema de protección fragmentario que sólo se ocupa de aquellas conductas que merecen por su forma de ataque al bien jurídico una tutela reforzada, para los hurtos cuando media sustracción y no en otros casos, ello se vincula además al principio de legalidad en lo concerniente al ámbito del nullum crimen sine lege stricta por el cual se prohíbe toda interpretación extensiva y se acoge aquella que resulte restrictiva de la tipicidad, ello significa que la licitud del comportamiento del acusado debe proponerse en otra sede". Tribunal Tercero de Sentencia de San Salvador. 10-04-01.

237. En cuanto a la Prohibición de Analogía perjudicial, la Sala de lo Constitucional en HS001397.97, consideró: "Sobre tal infracción constitucional esta Sala considera que el legislador, al describir la figura delictiva, describe tanto elementos objetivos relativos a la conducta prohibida y penada, como elementos subjetivos relacionados a los sujetos de la relación penal, sujeto activo y sujeto pasivo. En tal sentido cuando el legislador restringe la conducta punible a ciertos sujetos, no puede el juzgador mediante interpretación analógica, hacer extensiva tal responsabilidad para un sujeto distinto al descrito en la norma. Es más, en aplicación al principio de in dubio pro reo tal interpretación es además prohibida".

238. En tal sentido ESER Albin BURKHARDT Björn "Derecho penal". Cuestiones fundamentales de la teoría del delito sobre la base de casos de sentencia. Traducción de Silvana Bacigalupo y Manuel Cancio Meliá. Colex. Madrid, España. 1995 p 59.

le podrá privar de sus derechos mediante una sentencia dictada en juicio oral y público²³⁹; sin la realización de esta fase, que es un culmen en todo el procedimiento, ninguna persona puede ser sometida al cumplimiento de una restricción a sus derechos fundamentales, se requiere el pronunciamiento de una sentencia que, emanada a partir de un juicio, habilite la determinación de una sanción, en virtud de ello a este principio de “Nulla poena sine iudicio” también se le conoce como principio de jurisdiccionalidad²⁴⁰.

Este reconocimiento al principio de que no puede haber pena sin juicio esta positivizado como garantía procesal, así en el artículo 1CPP²⁴¹ se reconoce que para la imposición de las consecuencias jurídicas del delito, trátase de penas o de medidas de seguridad, debe necesariamente que celebrarse un juicio, con las características de ser oral y público. Tal garantía es la expresión de que no hay pena sin juicio²⁴², y en nuestra jurisprudencia constitucional, tal exigencia se ha incardinado en el derecho de audiencia²⁴³.

En virtud de tal concepción, indudablemente que la garantía precitada, debe completarse con la garantía del proceso –Nulla poena sine processu– puesto que para satisfacer el derecho de audiencia, no basta sólo con conceder una etapa de debate, como fase ulterior, sino que para concluir ese período, debe haberse agotado un iter formalizado –el proceso–²⁴⁴ por el cual, únicamente

239. Reconociendo la garantía del juicio previo PEDRAZ PENALVA Ernesto, MARTÍNEZ LAZARO Javier “Comentarios al Código Procesal Penal”. Tomo I. Consejo Nacional de la Judicatura. Escuela de Capacitación Judicial. 1° edición. San Salvador. El Salvador. 2003 pp 84 a 85.

240. Ver en tal sentido FERRAJOLI Luigi “Derecho y Razón...” op. cit p 98.

241. Dice tal disposición: “Nadie podrá ser condenado o sometido a una medida de seguridad sino mediante una sentencia firme, dictada luego de probar los hechos en un juicio oral público, llevado conforme a los principios establecidos en la Constitución de la República, en este Código y demás leyes, con observancia estricta de las garantías previstas para las personas”.

242. Sobre la garantía de juicio previo se ha dicho en precedente constitucional: “En este sentido dicha garantía en nuestro medio es absoluta y no admite más excepciones que las que la misma Constitución establece expresamente, al facultar a un órgano del Estado a privar a un gobernado de un derecho sin el requisito del juicio previo”. (sentencia dictada en el juicio de amparo clasificado 2-F-84). En relación con esto es de señalar que dicho artículo constitucional protege a los gobernados contra la privación arbitraria de cualquier clase de derechos subjetivos de los que sea titular, y no estableciendo ninguna excepción dicha disposición, es de concluir, que nadie puede ser privado de un derecho sin ser oído y vencido en juicio”. (sentencia dictada en juicio de amparo clasificado 14-R-85). Sentencia de Inconstitucionalidad pronunciada a las doce horas del diecisiete de Diciembre de mil novecientos noventa y dos respecto de la Ley de Impuestos a la Transferencia de Bienes Muebles y a la Prestación de Servicios”. Revista Judicial. Tomo XCIII. Enero-Diciembre 1992. Corte Suprema de Justicia. San Salvador. El Salvador. 1995 p. 434 a 435.

243. Sobre tal punto se dijo: “Refiriéndonos al contenido del derecho de audiencia, el artículo 11 de la Constitución señala en esencia que la privación de derechos –para ser válida normativamente– necesariamente debe ser precedida de proceso o procedimiento seguido conforme a la ley. Al respecto tal referencia supone y exige que se respete el contenido esencial del derecho de audiencia, conformado, de modo genérico y sin carácter taxativo, por los siguientes aspectos esenciales: a) que la persona a quien se pretenda privar de alguno de sus derechos se le siga un proceso o procedimiento que no necesariamente es especial, sino aquel establecido para cada caso por las disposiciones infraconstitucionales respectivas; b) que dicho proceso se ventile ante autoridades previamente establecidas; c) que en el proceso se observen las formalidades esenciales procesales o procedimentales; y d) que la decisión se dicte conforme a las leyes existentes con anterioridad al hecho que la hubiere motivado, de conformidad a la Constitución. (Sentencia de Amparo del 25 de mayo de 1999. Ref. 167-97).

244. En este sentido, estableciendo lo que se conoce como “Nulla Poena sine Processu” es decir la garantía del procedimiento se ha dicho desde el orden Constitucional: “La exigencia del proceso previo supone dar al demandado y a todos los intervinientes en el proceso, la posibilidad de exponer sus razonamientos y defender sus derechos de manera plena y amplia. Y es que, hacer saber al sujeto contra quien se pretende en un

cuando se presenten ofertas bastantes de imputación, pueda habilitarse la etapa propia del enjuiciamiento, esto sin duda, tiende a evitar los riesgos de ser sometido a una declaratoria de culpabilidad, cuando no hay fundamento suficiente para ello, lo cual debe tenerse sumamente presente, por que nuestro modelo de justicia criminal, habilita también el conocimiento del jurado, empero, sea ante un juez de derecho o ante sus pares, es patente que ninguna persona, debe comparecer a esa etapa tan aflictiva, si no hay una imputación suficiente, que justifique legítimamente ese riesgo; y esa merituación sólo depende del tránsito del proceso, que por ello se erige también en garantía fundamental de un proceso regular, ello vale tanto para imponer penas como medidas de seguridad.

2.2 PRINCIPIO DE LEGALIDAD PROCESAL.

La vigencia de este principio no es una novedad, ya de antes se conocía como una garantía de los gobernados, signo de un juicio justos, según los postulados esenciales del pensamiento liberal²⁴⁵. A su vez, en la normativa procesal se estatuye el principio de legalidad²⁴⁶, que rige la forma del proceso, en el sentido que, de manera precedente al hecho delictivo imputado, se haya constituido la forma de enjuiciamiento –en su sentido amplio– la cual no puede ser alterada, por una norma posterior que en cualquiera de sus manifestaciones, se vuelva más restrictiva para los derechos y garantías fundamentales del acusado. También es manifestación del principio de legalidad procesal, la necesidad de la predeterminación del juez ordinario, para el conocimiento de los hechos, establecido normativamente²⁴⁷.

De ahí que, si la nueva normativa procesal es más limitadora de ese ámbito, la misma ya no es inocua, y debe prevalecer el principio de estricta legalidad procesal, por el cual, se prohíbe que posterior al hecho delictivo –el injusto– se someta a una persona, a la persecución penal, con formas procesales diferentes y más

determinado proceso, la existencia de éste, y facilitarle el ejercicio de los medios de defensa, constituyen circunstancias ineludibles para el goce íntegro del derecho de audiencia”. (Sentencia de Amparo del 13 de Octubre de 1998, Ref. 150-97).

245. Así en la Carta Magna inglesa en el artículo 39 se estatúa que: “Ningún hombre libre será arrestado o detenido en prisión o desposeído de sus bienes, proscrito o desterrado o molestado de alguna manera, y no dispondremos de él, ni lo pondremos en prisión, sino por el juicio legal de sus pares, o por la ley del país”. PACHECO Máximo “Los Derechos Humanos”. Documentos Básicos. Editorial Jurídica de Chile. Santiago de Chile. 1987 p 6.

246. Dice el artículo 2 CPP “Toda persona a la que se impute un delito o falta, será procesada conforme a leyes preexistentes al hecho delictivo de que se trate y ante un tribunal competente, instituido con anterioridad por la ley. Este principio regirá también en la ejecución de la pena y en la aplicación de medidas de seguridad”. Ampliamente sobre el principio de legalidad procesal o de juridicidad en cuanto a sus fundamentos y estructura ver: TINETTI José Albino, SORIANO RODRÍGUEZ Salvador Hector, MARROQUIN GALO Fernando, JOSA María Antonieta, SALAZAR TORRES Godofredo y CRUZ AZUCENA José Manuel “Ensayos N° 1. Tres Temas Fundamentales... op cit pp. 260 a 264.

247. PEDRAZ PENALVA Ernesto, MARTÍNEZ LAZARO Javier “Comentarios al Código Procesal Penal” op cit p 93.

gravosas; y únicamente si la norma anterior es menos gravosa, procedería aplicar una consecuencia de la retroactividad de la ley cuando es favorable, que en este caso se concretiza a la garantía de ultractividad, que también esta presente en el ámbito procesal penal, por lo que el principio de irretroactividad no es absoluto –salvo que sea desfavorable– y por tanto, si normas anteriores al hecho resultan menos lesivas a los derechos fundamentales, estas son las que deben aplicarse de manera ultractiva²⁴⁸.

En verdad que el proceso penal y sus formas no son instrumentos asepticos respecto de las restricciones de los derechos fundamentales, también el proceso penal y toda sus gama de medidas de intervención, limitan y afectan los derechos y libertades de las personas, aunque dichas restricciones tienen una finalidad distinta de la pena; sin embargo, esa diferencia sólo es de grado más no de contenido, es por ello que en el proceso penal, también debe considerarse la irretroactividad de la ley procesal, cuando esta sea más restrictora de los derechos fundamentales de las persona sometida a proceso, y estimarse la ultractividad, cuando la ley anterior de juzgamiento en la cual sucedió el hecho, es más favorable en el sentido de ser menos lesiva a los derechos y libertades que concede la Constitución²⁴⁹.

2.3 PRINCIPIO DE INDEPENDENCIA E IMPARCIALIDAD DEL JUEZ.

Se establece también como garantía básica, la independencia e imparcialidad de los jueces²⁵⁰, esta garantía política, de manera directa que este dirigida a la protección del ciudadano, que como acusado o como víctima, acuden a los tribunales de justicia²⁵¹. El que los jueces sean independientes e imparciales, tiene

248. Este punto de vista también es sostenido por López Ortega al comentar nuestro ordenamiento procesal indicando que: "En efecto, en materia procesal no debería considerarse prohibido que la ley se aplique "retroactivamente", pues, se suele decir, toda norma procesal nace con una vocación para de futuro y esto es lo que sucede cuando, ante un cambio de legislación procesal, los procesos iniciados se rigen por la ley en vigor en el momento de la realización de cada acto procesal ("tempus regit actum"): unos por la ley anterior que, lógicamente conserva validez, y los posteriores por la nueva ley. En el proceso penal se trata más bien de la "ultractividad" de la ley anterior, que de la aplicación retroactiva de la ley posterior. Desde esta óptica, ningún inconveniente debería existir en admitir la aplicación de la nueva ley a los procesos en curso, posibilidad que, sin embargo, hay que reconocer se encuentra radicalmente proscrita por este precepto, de acuerdo con el mandato contenido en el artículo 15 Cn: "nadie puede ser juzgado sino conforme a leyes promulgadas con anterioridad al hecho de que se trate". CASADO PÉREZ José María, DURAN RAMÍREZ Juan Antonio, DURO VENTURA Cesareo, LÓPEZ ORTEGA Juan José, MARCO COS José Manuel, SALAZAR GRANDE Cesar E. y SEOANE SPIEGELBERG José Luis "Código Procesal Penal Comentado". Tomo I. Corte Suprema de Justicia. Primera edición. San Salvador. El Salvador. 2001 p. 8

249. No es esta la posición asumida por la Sala de lo Constitucional, tribunal que desde inveterados precedentes, ha mantenido la tesis, de la que las normas procesales penales son retroactivas por ser apieticas.

250. Dice el artículo 3 CPP "Los magistrados y jueces, competentes en materia penal, sólo estarán sometidos a la Constitución de la República, y a la legislación secundaria, y sus actuaciones serán imparciales e independientes.

251. Una versión muy bien elaborada de la imparcialidad del juez, la presenta Caferata al examinar el proceso penal desde su configuración constitucional, bajo la "lupa" de la contraposición de intereses. Ver CAFFERATA NORES José I. "Cuestiones Actuales sobre el Proceso Penal". Tercera edición actualizada. Editores del Puerto. Buenos Aires. Argentina. 2000 ps. 13 a 16.

únicamente sentido, si al momento de juzgar, el juez sólo esta sometido a la Constitución y a las leyes; así tal garantía de manera directa, no esta pensada a favor de los derechos de la autoridad jurisdiccional, sino a favor y para los gobernados²⁵².

Sobre la funcionalidad de esta garantía, debe indicarse que ciertamente, en estos últimos lustros, el poder judicial enfrenta en nuestro país un dilema de legitimación ciudadana, pero este fenómeno, que es menester que sea exhaustivamente estudiado, no justifica que el órgano jurisdiccional, en el afán de presentar una imagen de severidad en la aplicación de la ley, comprometan la imparcialidad de sus decisiones.

El juez no se legitima por responder al clamor de las mayorías, por ello es que precisamente, su elección en nuestro sistema, no responde a criterios políticos directos del electorado, inclusive, en ocasiones la defensa de la Constitución y de sus garantías y libertades, originará que la decisión del juez, no responda a las expectativas que pueden formarse grupos mayoritarios, pero ahí radica la esencia de la independencia e imparcialidad del juzgador, éste es garante de la Constitución, y debe hacerla valer, aunque eso contradiga el sentir popular, o las opiniones de los grupos de poder, incluyendo los mass media.

La única forma legítima y de respeto al principio de independencia de controlar las decisiones de los jueces en el marco del Estado Constitucional, es mediante el sistema de recursos, así lo ha reconocido la Sala Constitucional al señalar que el artículo 17 de la Carta Magna que reza: “Ninguna autoridad podrá abocarse a causas pendientes o fenecidas” con lo cual queda proscrita la facultad de avocación, y es ello es así por que únicamente de esa manera se protege la independencia interna de los jueces²⁵³.

252. Ver “Asociacionismo e Independencia Judicial en Centro América”. INECIP-Guatemala. Ciudad de Guatemala. 2001 p. 9.

253. Sobre el alcance de esta prohibición en relación a la independencia de los jueces, la Sala de lo Constitucional expresó: “Entendida como ausencia de subordinación del juez o magistrado a otro poder jurídico o social que no sea la ley, la independencia adquiere ciertas manifestaciones frente al mismo OJ, frente a los otros órganos estatales, frente a los poderes sociales y frente a las propias partes, –en forma específica de imparcialidad consagrada en el Art. 186 Inc. 5° Cn–. A. Frente al mismo órgano judicial, la Constitución establece en su artículo 17 Inc. 1° la prohibición de avocarse a causas pendientes; prohibición que se puede entender en dos sentidos: uno estricto, que significa la no atracción, por un tribunal superior, de un proceso que esté siendo conocido por un tribunal inferior; y uno amplio, que implica la prohibición de revisar las resoluciones judiciales fuera del sistema de recursos, es decir, que las actuaciones de los jueces en lo relativo a la interpretación y aplicación de la leyes, no pueden ser aprobadas, censuradas o corregidas por los tribunales superiores, salvo cuando éstos ejerzan sus atribuciones jurídicas de confirmar, reformar, revocar, o anular, las resoluciones de las cuales conozcan por medio del sistema de recursos”. Sentencia de 20-VII-1999, Inc. 5-99. Considerando V2. GONZÁLEZ BONILLA Rodolfo Ernesto “Constitución y Jurisprudencia Constitucional. 1° edición. Corte Suprema de Justicia. San Salvador. El Salvador. 2003.

2.4 PRINCIPIO DE PRESUNCIÓN DE INOCENCIA.

La presunción de inocencia ya en el marco procesal penal²⁵⁴, es una garantía fundamental reconocida de manera inédita por nuestra Constitución de 1983, cuyo fuente es el reconocimiento que de ella se hace en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, de ahí que, al amparo de dicho estado de inocencia, quede prohibida toda forma de presunción legal o judicial de culpabilidad, que no sean las inferencias judiciales, que respeten el marco del sistema de apreciación de la prueba, bajo el modelo de la sana crítica.

Pero no sólo bastará afirmar que la persona es inocente, sino que realmente ésta debe ser tratada como tal, en áreas sensibles como por ejemplo, en el ámbito de las medidas cautelares, donde no puede campea la idea de la prisión preventiva obligatoria, tal como actualmente lo estatuye el artículo 294 inciso final CPP mediante senda reforma que se introdujo en materia de medidas cautelares, y la cual es utilizada por sectores de la judicatura para imponer la prisión preventiva, no obstante que ya se tiene reconocida la inconstitucionalidad de la prisión preventiva con carácter obligatorio, según precedente de la Sala de lo Constitucional²⁵⁵.

También como derivado de la presunción de inocencia, se reconocen dos aspectos sustanciales: el primero es que al justiciable, no le incumbe probar nada, todos los extremos de la acusación, que versan sobre la imputación del injusto y de la culpabilidad, deben ser probados por quien ejerce la acusación; por lo que, si en materia de hechos probatorios, no hubiese certeza de demostración, y subsistiese la duda debe –según el estado en el cual se acredite la situación dubitativa– favorecerse al acusado, quien ante esa situación, debe considerarse inocente de los hechos atribuidos –naturalmente éste estado de penumbra rige con todo sus vigor al momento de dictarse la sentencia²⁵⁶ – y es que en estos casos, debe optarse por considerar a un ciudadano inocente, aunque haya duda

254. El artículo 4 CPP estatuye que: “Toda persona a quien se impute un delito, se presumirá inocente, y será tratada como tal en todo momento, mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la Ley y en juicio público, en el que se le aseguren las garantías del debido proceso. La carga de la prueba corresponde a los acusadores.

255. Sobre este se dijo en lo pertinente “Cuando se acude al mecanismo de prohibir la excarcelación, se está prescribiendo la detención provisional como medida obligatoria; o dicho con otras palabras, en dicho artículo se postula la privación de libertad que la detención supone como necesidad investigativa, circunstancia que no puede ser constitucionalmente la regla. Si desde una perspectiva constitucional la excarcelación es la regla general, lo que puede hacer le legislador secundario es señalar los supuestos en que excepcionalmente podrá el juez –en resolución motivada – denegar aquella; pero no puede, sin violar la normativa constitucional, disponer en abstracto supuestos en los que la excarcelación no podrá concederse; es decir, en abstracto todo delito es excarcelable, y el legislador secundario puede disponer los motivos por los cuales el juez puede rechazar la concesión de la excarcelación. Consecuencia de lo anterior, y en virtud de lo expuesto en el considerando que antecede, es imperativo concluir que, en cuanto al artículo 15 del cuerpo normativo impugnado impone la obligatoriedad de la detención provisional del imputado, impidiendo que el juzgador determine la concesión o no de la excarcelación, es violatorio de los artículos 2 y 12 de la Constitución, por lo que es procedente declarar su inconstitucionalidad” Sentencia de Inconstitucionalidad de la Ley de Emergencia ... op. cit. ps. 134 a 135.

256. Ver en tal sentido CAFFERATA NORES José I. “La Prueba en el Proceso Penal”. 3° edición actualizada y ampliada. Depalma. Buenos Aires. Argentina. 1998 ps. 12 a 13.

sobre la culpabilidad en el hecho, por que con esas dudas no es legítimo destinarlo a una pena cuyos efectos son irremisibles; subyace aquí todavía el antiquísimo aforismo “*satius esse impunitum relinqui facinus nocentis quam innocentem damnari*” o “es preferible dejar impune al culpable de un hecho punible que perjudicar a un inocente”.

2.5 PRINCIPIO DE PROHIBICIÓN DE MULTIPLE PERSECUCIÓN PENAL.

Se reconoce también el principio de *bis de eadem res ne sit actio*²⁵⁷ o *Ne bis in idem*²⁵⁸, como aquel que según nuestra propia Carta Magna, prohíbe el doble o múltiple enjuiciamiento, tal reconocimiento en los planos valorativos tiene gran trascendencia. La prohibición de no ser enjuiciado múltiplemente, no se reduce a la proscripción de transgredir la “cosa juzgada”²⁵⁹, sino que –por ejemplo– también a la multiplicidad de imputaciones, cuando no se observa correctamente las normas de los concursos aparentes de leyes, lo cual genera múltiples imputaciones y enjuiciamientos²⁶⁰.

De igual manera, la observancia de la agravante de la reincidencia –además de violar otros principios– también quebranta el principio de no ser enjuiciado dos veces por el mismo hecho, puesto que más allá de la discusión dogmática que pueda plantearse, nadie dudará, de que la pena se agrava en su dosimetría concreta, en este caso tomando en cuenta la condena precedente, que ya es un hecho pasado y juzgado²⁶¹.

Un punto que merece destacarse, es que nuestra Constitución, al estatuir la prohibición de doble juzgamiento, acuñó lo que la doctrina procesal denomina como el “criterio amplio”²⁶², por cuanto, la norma constitucional no se limita a prohibir la situación de ser doblemente sancionado por un mismo hecho, sino que hace descansar la garantía, en proscribir incluso esa posibilidad, prohibiendo

257. Señalando de manera precisa su origen HENDLER Edmundo S. “Una regla que confirma sus excepciones: *ne bis in idem*” en “Las Garantías Penales y Procesales”. Enfoque histórico-comparado. Edmundo S. Hendler (comp). Editores del Puerto. Buenos Aires. Argentina. 2001 p 131.

258. En el código se regula tal instituto en el artículo 7 CPP de la manera siguiente: “Nadie será perseguido penalmente más de una vez por el mismo hecho. La sentencia absolutoria firme dictada en el extranjero sobre hechos que puedan ser conocidos por los tribunales nacionales producirá el efecto de la cosa juzgada”. 259. En el sentido de ser derivado del apotegma “*Res judicata pro veritate habetur*” o “la cosa juzgada es tenida por verdad”.

260. Esa es la formulación de origen de la garantía propia del derecho norteamericano, según el texto de la Quinta Enmienda que reza: “... nor shall any person be subject for the same offence to be twice put in jeopardy of life or limb” cuya significación es “ninguna persona podrá ser dos veces puesta en peligro de vida o de la su integridad de sus miembros, por el mismo delito”. Ver HENDLER Edmundo S. “Una regla que confirma sus excepciones...” op cit p 133.

261. Ver BERTELOTTI Mariano “El principio de *ne bis in idem*: un análisis desde una perspectiva Histórico-comparada” en “Las Garantías Penales y Procesales”. Enfoque histórico-comparado. Edmundo S. Hendler (comp). Editores del Puerto. Buenos Aires. Argentina. 2001p 125 a 127.

262. Ver en tal sentido MAIER Julio B.J. “Derecho Procesal Penal Argentino”. Tomo I. Vol. B. Fundamentos. Editorial Hammurabi. Buenos Aires. Argentina. 1989 p. 372.

anticipadamente inclusive el doble juzgamiento, y por ende el doble procesamiento, esa es la intelección que infiero, del postulado de la norma que dice “ni puede ser enjuiciada dos veces por la misma causa”.

Examinando un poco más la esencia de la garantía de prohibición de doble o múltiple persecución penal, se determina que el eje central de la misma es impedir que los gobernados sean sometidos no sólo a una doble condena, sino también a afrontar el riesgo de la misma, de ahí que no sólo este proscrito el hecho de ser sancionado más de una vez por el mismo, sino además el doble procesamiento, y ello significa que la persona por el mismo hecho no puede ser enjuiciado más de una vez, con lo cual se veda la posibilidad de que una persona sea proceda más de una vez por el mismo hecho²⁶³.

Ahora bien, punto medular es precisar que constituye un mismo hecho, y para ello se han elaborado por la doctrina y la jurisprudencia –casi de manera unánime– unos criterios, que se denominan identidades, a partir de las cuales es plausible determinar si concurre la protección de la garantía invocada. Se señala así que debe tratarse de: a) una misma persona; b) un mismo hecho; c) un mismo motivo de persecución²⁶⁴.

En cuanto al primero, se denomina como identidad personal, “eadems person”, con lo cual se indica que, debe de tratarse de una misma persona, es decir que, la persona que es sometida a persecución por el mismo hecho, debe ser la misma, importa aquí un criterio fáctico de identificación, puesto que lo importante a tener por demostrado es que, se trata de la misma persona según su individualidad; como se advierte, esta primera correspondencia, es estrictamente personal, y sólo puede amparar al sujeto que ya ha sido perseguido, no siendo procedente su consideración respecto de otros sujetos que no hayan sido objetos de la persecución penal.

En lo relativo a la segunda identidad o eadem res, es necesario que se trate de una correspondencia con los mismos hechos, es decir, los mismos hechos enjuiciados para un mismo sujeto, ya no pueden ser objetos de un nuevo enjuiciamiento; quizá lo más importante de decir en este aspecto es que la alocución a los hechos, refiere al sustrato fáctico, la realidad histórica, que aconteció en un lugar y tiempo determinado, y que constituye la base material, sobre la que posteriormente recaerá el juicio de tipicidad.

Es en, todo caso, la situación fáctica base de la imputación

263. Sobre la violación al principio de *Ne bis in idem* la Corte Interamericana de Derechos Humanos, declaró la violación a dicha garantía en el caso *Loayza Tamallo contra Perú*, por cuanto la acusada absuelta en la jurisdicción militar, fue juzgada y condenada en la jurisdicción ordinaria.

264. En tal sentido CLARÍA OLMEDO Jorge A. “Derecho Procesal Penal”. Tomo I. Actualizado por Jorge E. Vázquez Rossi. Rubinzal-Culzoni. Santa Fe. Argentina. 1998 p 74.

jurídica, pero que es independiente de ella por tener un contenido ontológico, si se quiere el suceso que ocurrió como acto de la realidad, es decir la conducta humana realizada y sus consecuencias, despojado de todo nomen iuris. De lo anterior es posible ya anticipar que los hechos no son, ni se corresponden con la calificación jurídica del delito, es decir, las descripciones del supuesto de hecho como materia de prohibición, que contiene el tipo penal, no son identificables ni equiparables con la exigencia de los hechos.

Ahora bien, para que desde la praxis puedan distinguirse e identificarse plenamente cuales son los hechos, deben cumplirse en la imputación de los mismos ciertos requisitos, en el sentido que estos hechos, deben ser presentados bajo una relación clara, es decir no confusa, circunstanciada, vale decir detallada y pormenorizada y además dicha relación debe ser específica, entiéndase concreta.

Para lo anterior, es menester que en la relación correspondiente de los hechos, cuando se ejerce la acción penal correspondiente se determine:

1) cuando ocurrieron los hechos: con ello se pretende fijar temporalmente el suceso histórico, es decir, determinar de la manera más certera, su fecha de ocurrencia, día y horas, en caso de no ser posible tal exactitud, debe comprenderse por lo menos la época del suceso; ello es importante y mucho más cuando por ejemplo se trate de imputaciones que pueden ser consideradas como delitos permanentes o de efectos permanentes, o de delitos continuados.

2) Para la identificación de los hechos es importante que se determine el ámbito especial de los mismos, que se vincula al lugar donde ocurrieron los hechos; a esta interrogante, debe corresponder, la determinación del ámbito espacial, en el cual se desarrollaron los hechos, tal formulación responde a la cuestión, donde ocurrieron los hechos.

3) La forma en que ocurrieron los hechos, esta destinada a particularizar el modo en el cual el suceso delictivo se desarrolló, pero ello debe entenderse de una manera integral, abarcando todas las particularidades que acontecieron en el hecho.

Solo de esa manera se podrá tener una mayor certidumbre de cual ha sido el hecho atribuido, y se podrá determinar si se trata o no del mismo hecho, por ello conviene reiterar que lo importante es el hecho como suceso histórico y no la calificación legal que se le dé al mismo, ésta ultima puede variar y ser calificada de distinta manera, pero si se trata del mismo la garantía es oponible.

La tercera identidad es conocida como eadem causa petendi, con lo cual se indica que debe tratarse del mismo motivo de persecución penal, y con ellos se hace referencia al mismo objetivo final del proceso, si concurre la misma causa de persecución penal, corresponde declarar la identidad, por cuanto se trata del mismo motivo de persecución penal.

En caso de que concurren las tres identidades, procede estimar la concurrencia de la garantía de ne bis in idem, y ello implica por los menos las siguientes consecuencias: a) El justiciable no puede ser objeto ni de una doble penalización ni de una doble persecución; b) el justiciable que ha sido absuelto o sobreseído definitivamente mediante decisión firme no puede ser objeto de una nueva persecución penal, es decir no hay revisión; c) en caso que el acusado haya sido condenado, no puede ser objeto de una condena más grave; d) no puede ser procesado múltiplemente en el mismo proceso por el mismo hecho.

2.6 PRINCIPIO DE INVOLABILIDAD DE LA DEFENSA.

Por otra parte, se reconoce de manera específica la inviolabilidad de la defensa²⁶⁵, esta garantía que es trascendental, tiene como fundamento de su existencia el derecho de audiencia, por lo que, sólo respetando un derecho de defensa amplio, se asegura así mismo un juicio justo al imputado, quien no puede ser condenado a pena ni medida de seguridad, si no ha sido oído y vencido en juicio.

De ahí que el fundamento principal del principio de inviolabilidad de la defensa se deriva de la misma Constitución, que garantiza en el artículo 11 que nadie será privado de sus derechos sin ser previamente oído y vencido en juicio; y que la demostración de la culpabilidad es en un juicio público en el cual, a la persona “se le aseguren todas las garantías necesarias para su defensa”.

Varias son las manifestaciones que pueden predicarse del ejercicio del derecho de defensa, de entre las principales nos limitamos a señalar:

(a) La presencia física del imputado al momento culminante del juicio y su comparecencia a los anticipos de prueba anteriores al mismo, para los cuales él estime oportuno comparecer, y en razón de ello el encartado debe ser informado personalmente de la practica de los mismos.

Sobre todo, merece destacar que respecto a este derecho de defensa material, el justiciable no puede ser juzgado en contumacia, es decir la Constitución como norma suprema no habilita juicios en rebeldía, necesariamente el imputado ha de estar presente de lo contrario no puede haber debate²⁶⁶. digamos que este es el

265. Dice el artículo 9 en lo pertinente: “Será inviolable la defensa en el procedimiento”.

266. Situación distinta es que el imputado estando presente en la etapa del juicio, decida por alguna estrategia de su defensa o por otro motivo no estar físicamente en la sala de debates después de el inicio de la vista pública y de haberse realizado la intimación, así como de habérsele indicado que tiene la facultad de declarar, tal eventualidad la norma el artículo 325 que reza en lo pertinente: “La vista pública se realizará con la presencia ininterrumpida de los jueces y de las partes. El imputado no podrá alejarse de la audiencia sin permiso del tribunal. Si después de su declaración rehusa permanecer, será custodiado en una sala próxima y para todos los efectos podrá ser representado por su defensor...”; los límites a esta no presencia del justiciable, son los de la intimación, cuando se amplía la acusación o para la práctica de una actividad probatoria, en la cual el

fundamento máximo del derecho de audiencia cuando dice que a nadie se puede privar de un derecho sino es “oído y vencido en juicio”.

(b) El derecho de defensa, también se asegura con la asistencia de un defensor que debe ser abogado de la República, el cual debe asistir y representar al justiciable en el proceso y en los actos del juicio. Este derecho es irrenunciable cuando se practican actos de prueba anticipada, conforme a las reglas del artículo 270 CPP²⁶⁷, por que el rito consiste precisamente, en adelantar las condiciones del juicio, de ahí que, si en el juicio un evento de actividad probatoria no se desarrollaría sin el concurso del defensor, tal requisito es imprescindible también al momento de anticipar dicha prueba, en estos casos, si el imputado es ausente o se teme por motivos fundados que la información anticipada a su defensor de confianza pueda afectar la finalidad del acto, un defensor público puede legítimamente realizar la función de contradicción²⁶⁸.

Ahora bien, la actividad probatoria también limitará en lo pertinente, el ejercicio del derecho de defensa, según la especie de prueba que se reciba, por ejemplo, mientras que en la prueba testimonial, es sine quanum que el defensor este presente para inmediar la declaración del testigo y decidir si le contrainterroga; en algunas pruebas periciales, la presencia del defensor no será posible en el ámbito de la captación de la información, por que atentaría contra la naturaleza de la prueba, y en algunos casos contra otros derechos fundamentales.

Dos ejemplos aclaran este panorama; en una pericia psiquiátrica o psicológica del imputado o de otra persona, al momento de la entrevista forense entre perito y entrevistado, el

imputado es objeto de prueba, vale decir por ejemplo un reconocimiento de personas. También en lo relativo a aquellos delitos no sancionados con pena privativa de libertad, o en los delitos de acción privada, el imputado puede para todos los efectos hacerse representar por su defensor otorgando poder especial para ello, salvo para la practica de actos imprescindibles, uno de ellos como ya se abundara, es la intimación de los hechos al justiciable que es personal e intransferible, quizá únicamente exepcionada en aquellos casos, en los cuales la persona sujeta a un juicio para medidas de seguridad, por la patología psiquica de la cual adolece, no esta en posibilidad de comprender los hechos intimados, pero estos entonces deben serle intimados a su tutor. 267. En lo pertinente dicha norma prescribe: “El juez si considera que el acto es ejecutable, lo realizará citando a todas las partes, sus defensores o mandatarios, quienes tendrán derecho de asistir, con todas las facultades previstas respecto de su intervención en las audiencias. El imputado detenido será representado, a todos los efectos, por su defensor, salvo que pida intervenir personalmente. Si por la naturaleza o la urgencia del acto, la citación anticipada hace temer la perdida de elementos de prueba, excepcionalmente, el juez lo practicará únicamente con la citación del fiscal y de un defensor público...”.

268. Es por ello que la ultima reforma en el apartado que precede, es violatoria del más elemental derecho de defensa, puesto que pretende que el acto se realice aún si el concurso de las partes que no comparecen, pretendiendo solucionar ello mediante el uso de la incriminación delictiva, la norma en este apartado reza “Dicha diligencia se realizará aún si la presencia de una de cualquiera de las partes si han transcurrido tres horas posteriormente al señalamiento por el juez, sin perjuicio de la responsabilidad penal que prescribe el art. 313 del Código Penal”. Ciertamente, esta reforma desconoce la garantía de inviolabilidad de la defensa, y sobremanera la de debido proceso, que esta estrechamente vinculada con la anterior, la comparecencia de las partes, no es una mera formalidad ritual, es como lo dijimos, el adelantar las condiciones del debate, sobre todo, el contradictorio de las partes sobre el objeto de prueba que se incorpora, de ahí que, si una parte no comparece, en este caso el defensor, lo que debe ordenarse, es la comparecencia de un defensor público, por que en el debate a nadie se le ocurrirá, recibir un elemento de prueba sin la presencia del fiscal o del defensor, de ahí que tal reforma, como lo dijimos viole sensiblemente la garantía de defensa.

defensor no debe estar presente, ni tampoco el fiscal, el querellante, el juez u otros, puesto que la presencia de cualquier persona extraña al entorno afecta la pureza de la prueba.

En esta actividad, el derecho de defensa se garantiza primero por la notificación de la pericia, con lo cual la parte puede nombrar su propio perito o recusar al nombrado (art. 199/200/201 CPP); y además por el interrogatorio al que el perito puede ser sometido en la etapa del juicio sobre la pericia practicada; en todo caso, el derecho de defensa queda asegurado, por la intervención de un consultor técnico, cuya característica esencial es la especialidad de la materia, lo cual lo vuelve idóneo para participar del acto²⁶⁹.

Un caso más sería la práctica de exámenes de genitales en la víctima de un delito sexual, en tal actividad obviamente no puede estar presente la defensa, ni el fiscal, ni el juez; el límite es la dignidad e intimidad de la víctima, que impiden la presencia de otras personas que no sea la del perito examinador y los ámbitos de defensa se aseguran en los términos supracitados.

(c) También constituye un fundamento esencial para preservar el derecho de defensa, el hacer saber al imputado los hechos que se le acusan, en los momentos oportunos y con los requisitos pertinentes para esa etapa. Esta actividad de hacer saber los hechos atribuidos al encartado, es progresiva según las fases del enjuiciamiento, y lo que justifica tal menester, es que nadie puede defenderse correctamente si no sabe primero de que hechos se le acusan. Sin embargo hay momentos claves para formular éste conocimiento al imputado, uno de ellos es el momento en el cual se formaliza la acusación, de ahí que, quien acusa tiene el peso de exponer los hechos de manera “clara, precisa circunstanciada y específica” ello bajo pena de nulidad.

Esta actividad no le corresponde al juez, sino al acusador, es él quien debe de manera pristina, describir cuales son los hechos acusados, como fundamento de la conducta ilícita; el control de esa actividad, en cambio si corresponde al juez, quien debe asegurar que los hechos que el fiscal acusa cumplan con estos requisitos de claridad, precisión, circunstanciación y especificidad; en este punto, si tal requisito se incumple por el acusador, y no se controla por el juez, ocurre un defecto que es insalvable, se trata de una nulidad²⁷⁰ que es absoluta y no relativa.

La cuestión de por qué es insalvable o absoluta esta nulidad, obedece a que, tras la necesidad de que la acusación en cuanto a

269. La norma que regula esta facultad defensiva es el art. 177 CPP que dice: “Si por las particularidades del caso, alguna de las partes considera necesario ser asistida por un consultor en una ciencia, arte o técnica, lo propondrá al juez o tribunal, quien lo designará según las reglas aplicables a los peritos, en lo pertinente, sin que por ello asuma tal condición. El consultor técnico podrá presenciar las operaciones periciales, hacer observaciones durante su transcurso, sin emitir dictamen, y se dejará constancia de sus observaciones. En las audiencias podrá acompañar a la parte con quien colabora y auxiliarla en los actos propios de su función”.

270. Dice a la letra el artículo 314 CPP “La acusación contendrá bajo pena de nulidad”.

los hechos, tenga una relación clara, precisa, circunstanciada y específica, se resguarda la obligación de hacer saber al acusado con toda claridad los hechos atribuidos, y este presupuesto lo que garantiza, es el derecho de inviolabilidad de la defensa, y creo que nadie negará, que ésta es una garantía fundamental reglada por la Constitución, que estatuye que a las personas se les aseguren todas las garantías necesarias para su defensa, de ahí que, la nulidad sea absoluta, por que la violación de un derecho o garantía constitucional, genera un defecto absoluto que debe proveerse en nuestro medio como una nulidad de esa especie²⁷¹.

Ello es lo que manda precisamente el artículo 224 en su número sexto CPP cuando ordena que: “El proceso es nulo absolutamente en todo o en parte, solamente en los siguientes casos: 6) Cuando el acto implique inobservancia de derechos y garantías fundamentales previstas en la Constitución de la República, en el Derecho Internacional vigente y en este Código”. Y como ya se expresó, el requisito de que la acusación sea clara, precisa, circunstanciada y específica, no es una simple formalidad, esa regla resguarda la inviolabilidad de la defensa del acusado, en el sentido que, éste tiene derecho a saber con toda precisión, los hechos que se le acusan, para estar en capacidad de defenderse de la imputación que se le ha formulado.

Una adición, es conveniente formular en el sentido que, “hechos” no significa calificación jurídica, el nomen iuris que se de al delito es algo diferente a los hechos, estos se refieren a la facticidad de lo ocurrido, como conducta material histórica desarrollada por el imputado, la cual debe estar suficientemente clara y detallada, o para decirlo en términos pragmáticos: debe satisfacer el cuando ocurrieron esos hechos, a donde ocurrieron esos hechos, como ocurrieron esos hechos, y quien cometió esos hechos.

(d) Por ultimo, es importante indicar, que manifestación del principio de defensa, es que el acusado no puede ser constreñido a declarar contra si mismo, es decir el derecho que tiene todo justiciable a no inculparse o autoincriminarse²⁷², por que el justiciable no esta obligado a producir prueba contra él mismo, de ahí que, toda actividad que tienda a afectar esa libre voluntad para declarar, se ve proscrita mediante prohibiciones probatorias²⁷³, que están

271. De otra opinión López Ortega quien la dimensiona como una nulidad relativa, aunque sin abordar tal temática desde la perspectiva de una garantía fundamental. Confrontar. CASADO PÉREZ José María, DURAN RAMÍREZ Juan Antonio, DURO VENTURA Cesareo, LÓPEZ ORTEGA Juan José, MARCO COS José Manuel, SALAZAR GRANDE Cesar E. y SEOANE SPIEGELBERG José Luis “Código Procesal Penal Comentado”. Tomo I... op. cit. P 823.

272. Sobre los fundamentos del derecho a no inculparse desde sus perspectivas históricas y rémoras inquisitoriales, así como sus presupuestos ver el interesante estudio de CAMPOS CALDERON J. Federico “Consideraciones en torno al derecho constitucional a no inculparse en el proceso penal. (Nemo tenetur se ipsum accusare: nadie tiene que acusarse así mismo) en “Revista de la Defensa Pública. N° 3. Octubre. 2003. San José. Costa Rica. 2003 pp 46 a 56.

273. Roxin define las prohibiciones probatorias como “todas las normas jurídicas que contienen un limitación de la práctica de la prueba en el procedimiento penal, dividiéndolas en prohibiciones de producción de prueba y prohibiciones de valoración de prueba. Ver ROXIN Claus “Derecho Procesal Penal”. Traducción de la 25°

normadas tanto a nivel constitucional como de normativa infraconstitucional. Así lo prescriben los artículos 12 CN; el artículo 14.3. “g” del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; el artículo 8.2. “g” y 8.3. de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos; y los artículos 87 N° 7 y 262 CPP.

De lo anterior, se formula el denominado “derecho a guardar silencio”, el cual tiene una doble dimensión, que debe ser explicada pulcramente al justiciable. Por una parte, al acusado debe hacérsele saber que tiene el derecho de no declarar, sin que esta inactividad pueda perjudicarlo en nada, en cuanto a su situación jurídica y respecto de la imputación que se le ha formulado.

Pero además, debe explicársele que tiene la facultad de declarar voluntariamente, haciéndole notar que lo que diga en su declaración, puede ser usado en su contra; este último predicado, es de vital importancia que el imputado lo sepa y comprenda, por que de lo contrario, se generaría una especie de error a la cual es inducido el procesado, cuando se le dice que puede declarar, pero sin advertirle que lo que diga puede ser usado en perjuicio suyo. Por otra parte, cuando el imputado declara, lo cual se considera como una manifestación de su defensa material, el tribunal debe valorar lo que el imputado ha manifestado, aunque ello no constituya una confesión.

Tal exigencia de valoración es necesaria, por que confesión y declaración son dos manifestaciones diferentes que surgen de una misma fuente: la indagatoria del acusado respecto de los hechos. Pero por ello, no debe confundirse el ámbito de las mismas, la confesión es un medio de prueba, que puede en un momento determinado inculpar al encartado, al atribuirse éste la comisión de un hecho delictivo, sea que la confesión sea simple o calificada.

En cambio la declaración del imputado, que no constituye una confesión, es un medio de defensa del justiciable, para rebatir las pruebas que presenta quien lo acusa; y como medio de defensa que es –muy especial por cierto– debe ser valorada, de lo contrario si tal declaración no fuera objeto de estimación, que sentido tiene que se le diga al imputado que puede declarar, si al final la información que brinde no será sujeto de una ponderación.

De ahí que, si no se valora lo que el imputado ha declarado, fijándole su medida con respecto a las probanzas incorporadas, la decisión del tribunal carece de motivación, y además afecta el derecho de defensa del imputado, que no declara tan sólo para ser escuchado, sino para que se pondere valorativamente, lo que exprese

edición alemana por Gabriela E. Córdova y Daniel R. Pastor. Editores del Puerto. 1° Reimpresión. Buenos Aires. Argentina. 2001 p. 190. En el mismo sentido, se informa que las prohibiciones probatorias constituyen barreras infranqueables a la búsqueda de la verdad, respecto de la comprobación de ciertos hechos, para los cuales, queda enervada la investigación, mediante la utilización de medios especiales, indicándose que estas prohibiciones pueden ser absolutas como relativas. Ver GUARIGLIA Fabricio “Las Prohibiciones Probatorias” en AA. VV. “El Nuevo Código Procesal Penal de la Nación”. Análisis crítico. Editores del Puerto. Buenos Aires. Argentina. 1993 pp. 15 a 16.

acerca de la imputación que se le formula; como violación del derecho de defensa, es un motivo que habilita casación, para su examen en esa vía impugnativa.

Por último, una manifestación más del principio de inviolabilidad de la defensa, y en este punto en particular, conectado con el de presunción de inocencia, es que el justiciable no tiene la carga de la prueba, ella le corresponde a quien acusa, tal como lo dispone de manera positiva el artículo 6 CPP cuando en lo pertinente prescribe que: “La carga de la prueba corresponde a los acusadores”.

Sin embargo, debe señalarse, que el imputado tiene amplias facultades defensivas, ello por que, aunque él mismo no está obligado a probar su inocencia –la cual se ha construido jurídicamente hasta que quien acusa no construya su culpabilidad– esta garantía no significa, que el justiciable no tiene derecho, a presentar la prueba que estime útil y necesaria a sus pretensiones, los límites de dicha prueba para ser admisible, serán los generales en materia de prueba, como son pertinencia, licitud, relevancia.

Esta facultad defensiva, que los tribunales deben garantizar cuando el imputado ofrece prueba, encuentra su respaldo normativo en el artículo 12 CN que determina que al imputado deben asegurársele todas las garantías necesarias para su defensa. Además, de lo establecido en los artículos 14. 3 (b) y (e) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que dicen: “Durante el proceso toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad a las siguientes garantías mínimas: (b) A disponer del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa... (e) A interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo y a obtener la comparecencia de los testigos de descargo y a que estos sean interrogados en las mismas condiciones que los testigos de cargo.

Por su parte el artículo 8.2 (c) y (f) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos prescribe en lo pertinente: “Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: (c) concesión al inculcado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa; (f) derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos”. En suma, parte vital del derecho de defensa, es que el justiciable goce de oportunidades reales, para proponer e incorporar la prueba que estime conveniente a sus pretensiones de defensa, ello es manifestación de la garantía a un juicio justo o al debido proceso, como lo entiende nuestra Sala Constitucional²⁷⁴.

274. La Sala Constitucional al construir el derecho de audiencia ha exigido de entre otros presupuestos esenciales el siguiente: “que en el proceso o procedimiento se observen las formalidades esenciales, dándosele al gobernado oportunidad amplia y real de controvertir los motivos de la posible privación, facilitándole, además, la presentación de los medios de prueba conducentes”. (Sentencia de Amparo ref. 492–98 de fecha 11 de Enero de 2000).

2.7 PRINCIPIO DE TUTELA DE LAS VÍCTIMAS.

Que las víctimas deban ser protegidas desde y por el derecho penal, no es una afirmación que deba causar extrañeza, en verdad que en la relación material del conflicto denominado delito, los más importantes, son víctimas e imputados; de ahí que la protección de las víctimas, sea una cuestión importante, que debe ser asumida con equilibrio. De la importancia de las víctimas informa por ejemplo la Declaración sobre principios fundamentales de justicia para las víctimas de delito y abuso de poder, instrumento normativo en el cual, se reconoce que las víctimas deben ser tratadas con dignidad, y que uno de los fines esenciales, es lograr la reparación de los perjuicios irrogados –y sufridos– por las víctimas ante el delito. De ahí las modernas formulaciones de derechos respecto de las víctimas en los ordenamientos procesales, que es importante que aquellas conozcan y comprendan, para que puedan ser ejercitados; la construcción de un proceso penal con inclusión de las víctimas, es uno de las ideas más firmes que impulsa la victimología, para evitar la neutralización de éstas en la solución del conflicto penal²⁷⁵.

Es de vital importancia que a la víctima se le garanticen, su derecho a la seguridad, el derecho a la información, a la asistencia gubernamental, el acceso a la justicia, a la tutela judicial efectiva, a minimizar la revictimización, a la reparación por los daños causados por el delito; teniéndose en cuenta que el reconocimiento de estos derechos, no deben significar, la reducción del debido proceso, en cuanto al procesamiento y enjuiciamiento de los justiciables.

Debe remitirse la consideración de una víctima expropiada de su propio conflicto, por cuanto ello significa una doble afectación para la víctima, primero ante la comisión del delito, posteriormente frente al sistema penal²⁷⁶, cuando la víctima no tiene significación para la solución del conflicto, y aunque éste se redefine por una pena, ello en muchos, no significará ningún resultado favorable para el perjuicio sufrido por las víctimas. De ahí que debe fortalecerse el sistema de justicia reparatoria o restitutiva, para que las víctimas puedan alcanzar una adecuada respuesta al problema penal.

3. PRINCIPIOS EN LA EJECUCIÓN DE LA PENA.

Fundamentos. Es importante hacer un bosquejo de los límites que el poder del Estado tiene en la etapa ejecutiva de la pena.

275. Ver BERISTAIN IPIÑA Antonio "Nuevo Proceso Penal desde las Víctimas" en la Administración de Justicia. En los albores del tercer milenio. Messuti, Sampedro Arubla. Compiladores. Editorial Universidad. Buenos Aires, Argentina. 2001 pp 20 a 27.

276. Así CRISTIE Niels "Los Límites del Dolor". Fondo de la Cultura Económica. México D.F. 1984 pp 126 a 127.

Ciertamente en esta fase la vigencia de los derechos fundamentales de las personas se han visto ampliamente reducidos, sobre todo cuando los modelos penitenciarios se han sustentado en la doctrina de la sujeción especial²⁷⁷, bajo cuyas directrices el privado de libertad pasa ser tratado casi como una persona sin derechos. Ello no es admisible en un Estado Constitucional de derecho por cuanto en un régimen como éste los derechos fundamentales, en su perspectiva material –no formal–, deben de respetarse y tutelarse en todas las esferas en las cuales se ejerce el poder, y de ella no está excluido el ámbito de ejecución de las penas²⁷⁸.

De ahí que, los derechos fundamentales de las personas privadas de libertad, únicamente pueden ser restringidos, dentro de los parámetros que la estricta legalidad prescribe, lo cual está sujeto al cumulo de principios y de garantías que establece el orden constitucional, de cuyo amparo no esta excluida la población privada de libertad²⁷⁹.

Ello significa la vigencia de ciertos principios, que funcionan como reguladores de las restricciones de los derechos fundamentales, de ahí que respecto de estos principios el convicto mantiene la misma condición que cualquier ciudadano –por cuanto nunca pierde sus derechos civiles– sólo siendo limitados aquellos derechos que se derivan de la restricción impuesta por la pena.

Con lo anterior se quiere señalar que el poder estatal, en este caso ejercido mediante las actuaciones de la administración de centros penales, están obligados a la tutela y al respeto de los derechos y garantías de los reclusos; únicamente conviene señalar que de estos principios fundantes y derivados del derecho de los derechos humanos, únicamente serán abordados el principio pro-homine y el principio pro-libertatis, en relación a las personas privadas de libertad.

PRINCIPIO PRO-HOMINE. El principio Pro-Homine es aquel que prescribe que en materia de derechos fundamentales, debe estarse a la interpretación más favorable para el ser humano, con lo cual se propone una intelección de los derechos fundamentales,

277. El fundamento de la doctrina de la sujeción especial, descansa en el ideario de que el reo, mediante la pena esta sometido a la dominio del Estado, lo cual significa la sumisión a esferas máximas de tutela y de constante vigilancia, en el cual es el ente estatal el que determina las reglas de organización, los ámbitos de actuación, la disciplina, la sanción, controlando de manera absoluta la vida de los reclusos.

278. Ver BORJA MAPELLI Cafferana "Ejecución y proceso penal" en "Jomada sobre sistema penitenciario y derechos humanos" Editores del puerto. Buenos Aires. Argentina 1997 pp 58 a 59.

279. Así se dice: "Es necesario trabajar en procura del reconocimiento a los condenados y personas sometidas a prisión provisional como sujetos de derechos. De esta forma se evita que las personas sometidas a encierros carcelarios se conviertan en objetos sometidos pasivamente a las declaraciones y acciones de la administración. La conservación y ejercicio por parte de los internos, de los derechos básicos que les corresponden como personas y que no hay razón de cercenar por el encierro carcelario, además de constituir un pilar fundamental en cualquier intento por recuperar al individuo para la vida libre en sociedad, es básico en un sistema penitenciario que pretenda respetar las garantías individuales. Es indispensable recalcar que la persona sometida a una medida de encierro sigue siendo titular de derechos que es fundamental respetar. FREIXAS Eugenio "La Procuración penitenciaria. Balance y perspectivas" en "Jomada sobre sistema penitenciario y derechos humanos" Editores del puerto. Buenos Aires. Argentina 1997 p 51.

que tenga como objetivo ampliar su ámbito de eficacia²⁸⁰, de ahí que todas aquellas regulaciones que sean restrictivas de estos derechos deben ser interpretadas bajo la directriz del mejor sentido y la mayor amplitud en todo lo que beneficie a la persona humana.

Por ello, no es casualidad que la fundamentación de este principio se haya derivado de la doctrina del primado de la libertad, consustancial al ser humano, y que tal principio se derive de la formulación de todo Estado Republicano y Democrático, que reconozca la dignidad humana. En suma puede expresarse que el principio pro-homine garantiza que los derechos fundamentales del ser humano, deben siempre ser interpretados y aplicados de la manera que más favorezcan al hombre, es decir, elegir la interpretación que mejor tutela los derechos del ser humano.

La vinculación del pro-homine se vincula al ámbito de la ejecución de la pena, en el sentido de tutelar el derecho de libertad del ser humano, éste derecho aquí apostillado se hace bajo su dimensión más general, en el sentido de que al ser humano le es consustancial la libertad y como tal debe asegurársele una ámbito intangible e irreductible de autonomía que no puede ser intervenida por el estado; éste núcleo duro del derecho a la libertad, no puede ser objeto de restricción ni mediante prescripciones normativas de ninguna clase, ni mediante los actos de la autoridad, incluidas las que ejercen las potestades en el área de la ejecución de la pena.

PRINCIPIO PRO-LIBERTATIS. El fundamento del principio aludido radica en que todas las prescripciones normativas que regulan aspectos de la libertad del ser humano deben ser interpretadas en el sentido que favorezcan a la extensión del ejercicio de libertad del ser humano.

En relación a las personas que se encuentran bajo un régimen de cumplimiento de penas privativas de libertad, el principio garantiza el derecho a actuar libremente, con la única limitación de la realización de conductas ilícitas, se garantiza por este principio la capacidad del ser humano de actuar o no actuar de acuerdo a su autonomía, en aquellos ámbitos que no son alcanzados por la pena privativa de libertad, que limita únicamente la libertad locomotiva, con lo cual el recluso sigue amparado por el principio de que le esta permitido todo lo que no se prohíbe.

De ahí que en virtud de este principio el reo tiene un espacio de libertad que esta sustraído de la actuaciones regladas que impone la ejecución de la pena, por lo cual son zonas en las cuales la autoridad no puede intervenir, y en caso de duda sobre la procedencia del ejercicio del derecho, deberá estarse a la interpretación que

280. Así PINTO Monica "El Principio Pro-Homine. Criterios de hermenéutica y pauta para la regulación de los derechos humanos" en La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales. Compiladores. Martin Abregú/Christian Courtis. Centro de Estudios Legales y Sociales. Editores del Puerto. Buenos Aires. Argentina. 1997 p 163.

respete el ejercicio de éste ámbito de libertad; consecuencia de lo anterior fuera de la privación de libertad que se sufre en el centro de reclusión, el principio pro-libertatis garantiza que la libertad del recluso debe ser la regla general y las limitaciones a la misma su excepción.

Ciertamente algunos derechos resultan de ordinario limitados ante la pena privativa de libertad, sobre todo aquellos derechos a determinadas libertades personales. Así el derecho a la privacidad, a la libertad ambulatoria, a la libertad de expresión, a la libertad de asamblea o a la libertad del sufragio, pero lo importante es que estos derechos sólo admiten restricciones razonables y nunca absolutas; si ellos son interrumpidos de manera total, su afectación no respeta el orden constitucional.

3.1 PRINCIPIO DE LEGALIDAD DE LA EJECUCIÓN DE LA PENA.

La pena privativa de libertad, en lo relativo a su ejecución, está ceñida estrictamente al principio de legalidad. Lo anterior significa que el cumplimiento de la pena de prisión mediante su régimen no es una facultad que le esté signada arbitrariamente a la administración penitenciaria, sino que por el contrario, esta sujeta a ley, con lo cual su forma y modo de cumplimiento se rige por los principios de reserva de ley, de prohibición de retroactividad favorable, por el principio de taxatividad y por la prohibición de la analogía; ello es lo que se deriva de la formulación del axioma “nulla poena sine regimine legale; lo cual implica la sujeción de la ejecución de la pena a la más estricta legalidad²⁸¹.

En lo relativo al principio de reserva de ley formal, ello significa que sólo al poder legislativo le esta confiada la restricción de los derechos fundamentales en relación a la potestad punitiva del legislador, en cuanto se trata de la formalización del hecho punible. Este ámbito, como ya lo hemos expresado, no se limita únicamente a la estructuración de la prohibición típica, sino que se comprende también a la consecuencia jurídica, es decir a la pena; en tal sentido la pena no sólo esta supeditada a reserva de ley formal, en su dosimetría abstracta, sino también en cuanto a la forma de ejecución de la misma²⁸², por cuanto éste aspecto –su régimen de cumplimiento– es el que materialmente incide en los derechos del justiciable.

De lo anterior es dable afirmar, que la fase de ejecución de la pena es el momento de materialización del poder penal del Estado, y este poder, que es derivado sustancial de la pena, concretamente

281. MAPELLI CAFFERANA Borja “Tendencias modernas en la legislación penitenciaria” en “Jomada sobre sistema penitenciario y derechos humanos” Editores del puerto. Buenos Aires. Argentina 1997 p 129.
282. Confrontar BLANCO Edward Sidney, MEMBREÑO José Ricardo “Ley Penitenciaria. Concordada, comentada y anotada. ARSJ-UTE. San Salvador. El Salvador. 1998 pp 37 a 38.

de su aspecto cualitativo, no puede quedar a la discreción del poder ejecutivo, constituyendo una facultad reservada con el exclusividad al legislador y garantizada mediante el principio de reserva de ley; de ahí que, la reglamentación en materia de ejecución de penas, únicamente puede normativizar con mayor precisión el régimen de ejecución, pero no ampliarlo en perjuicio de los derechos fundamentales en cuanto a la ejecución de la pena, por que tal restricción es facultad únicamente del legiferante.

De acuerdo con el principio de legalidad de la ejecución de la pena, la determinación configurativa de la pena debe ser por ley formal, previa, precisa, irretroactiva si es desfavorable, y debe ser interpretada restrictivamente, prohibiéndose toda interpretación analógica o extensiva, estas consecuencias del principio de legalidad, se aplica necesariamente a la creación de la pena en los ámbitos siguientes: a) la especie de pena que se fija; b) el tipo de pena; c) los límites de la pena; d) el régimen ejecutivo de la pena.

Lo anterior se ve ratificado por la formulación en concreto del principio de legalidad en la sistemática penal iniciando por el artículo 15 de la Constitución, que establece que ninguna persona puede ser juzgado por un hecho que no este previamente descrito como delito –principio de la ley previa– en el mismo sentido, el artículo del código penal en materia de penas prescribe que nadie “podrá ser sometido a penas o medidas de seguridad que la ley no haya establecido con anterioridad”.

El artículo 4 de la Ley Penitenciaria establece que la actividad penitenciaria esta sometida rigurosamente al derecho, es decir a la Constitución, a la leyes, y a los reglamentos dictados conforme a la ley, así como a la sentencia del caso concreto; en suma la sujeción de la actividad penitenciaria en cuanto a la ejecución de la pena, esta reglada al más alto rango –la Constitución– y las demás normas deben ceñirse a la jerarquía de sus principios.

Aunque el Reglamento General de la Ley Penitenciaria (RLP), no se alude expresamente al principio de legalidad, ello es completamente derivable intra-sistemáticamente de la normativa reglamentaria. A partir del artículo 4 establece como principios rectores los de dignidad e igualdad de los internos, misma que no se puede entender si la actividad de los funcionarios no esta sometida normativamente, bajo el imperio del principio de legalidad. Extra-sistemáticamente, el reglamento si está sometido a leyes de la materia y a la Constitución por lo cual, la función del principio de legalidad en esta materia es indiscutible, estando sometida aún reglamentariamente la actividad de la administración penitenciaria a la estricta legalidad.

También garantizan la estricta legalidad en la ejecución de la pena privativa de libertad, con rango preferente dado su carácter de tratados en materia de derechos humanos: El pacto Internacional

de Derechos Civiles y Políticos, que en el artículo 15. 1 en lo pertinente reza: “Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito”. Y el artículo 9 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que estatuye en lo pertinente: “Tampoco se puede imponer pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito”.

3.2 PRINCIPIO DE RESOCIALIZACIÓN.

La derivación del principio de resocialización, parte del axioma *Nulla poena sine resocializatione*, con lo cual se quiere afirmar que no puede ejecutarse la pena sin un debido tratamiento penitenciario y asistencial que respete la autonomía de la persona humana. En tal sentido el tratamiento que se brinde al reo, debe tener por única finalidad ofrecerle las oportunidades de resocialización, para permitir posteriormente su debida inclusión en tejido social.

Es por ello que la función rehabilitadora o inclusiva de la pena, que tiene un claro fin instrumental de respeto por el ser humano, como ideario preventivo, es opuesta al retribucionismo absoluto, por cuanto la finalidad de rehabilitadora de la pena, correctamente entendida, es potenciadora de los derechos humanos de la persona²⁸³.

De ahí que el énfasis represivo de las penas sea desplazado por el fin rehabilitador de la pena, que debe implementarse de acuerdo a la situación personal del reo, en el más absoluto respeto de su dignidad personal y de las consecuencias que de ella se derivan, y es que –ya como cuestión práctica– ningún modelo de inserción o rehabilitación podría funcionar, si no parte de tomar en cuenta la voluntad del ser humano, de ahí la importancia del respeto a su autonomía e individualidad como persona, de ahí el planteamiento de reintegración social²⁸⁴ para rescatar la finalidad de la pena en la visión de resocialización y no signar a la pena unas funciones meramente tecnocráticas²⁸⁵ que sólo generen legitimaciones exiguas en cuanto a los fines que debe cumplir la pena de prisión²⁸⁶.

283. Estamos conscientes de la grave crisis atravesada por la función preventivo especial de la pena, y por la profundas críticas a la ideología de la resocialización y en suma a las denominadas “ideologías re”; empero no renunciamos a la visión de rehabilitación de la pena, pero bajo una faceta profunda de humanización y respeto al ser humano, siendo el régimen penitenciario una oferta de asunción de derechos a los más vulnerables. Sobre las ideologías re, puede verse ZAFFARONI Eugenio R “Sistema penitenciario y normas constitucionales” en “Jornada sobre sistema penitenciario y derechos humanos” Editores del puerto. Buenos Aires. Argentina 1997 pp 183 a 184.

284. Ver BARATTA Alexandro “Reintegración social del detenido”. Redefinición del concepto y elementos de operacionalización” en “La Pena: Garantismo y Democracia. A propósito de la reforma penal en curso. Mauricio Martínez (compilador). Ediciones Jurídicas. Gustavo Ibañez. Santa Fe de Bogotá. Colombia. 1999 pp 75 a 76.

285. Así distinguiendo magistralmente entre funciones tecnocráticas e ideológicas de la pena. ARROYO GUTIERREZ José Manuel “El Sistema Penal ante el Dilema de sus Alternativas”. Colegio de Abogados de Costa Rica. 1ª edición. San José. Costa Rica 1995 p 34.

286. BARATTA Alexandro “Viejas y nuevas estrategias en la legitimación del derecho penal” en Revista Poder y Control. Numero 0. Barcelona. España 1986 pp 84 a 89.

Objetivo especial de la pena de prisión es su pretensión rehabilitadora respecto de la persona que ha cometido un delito, y ello como opción y no como imposición; este es un principio fundamental vinculado al principio de humanidad; es decir que la pena de entre otros fines, tiene como objetivo esencial el dirigirse a la persona como una opción rehabilitadora que respeta su autonomía ética, y que jamás puede rebasar el grado de su culpabilidad; y ello en la etapa ejecutiva se manifiesta con un mayor énfasis

Para poder desarrollar el principio de resocialización o inclusión, también debe partirse de una premisa básica –para no incurrir en un error de desconocimiento de la realidad – la pena privativa de libertad, dada su esencia de incidir directamente en la libertad y de separar al reo del resto de la comunidad, presenta un carácter afflictivo en relación a la restricción que impone al individuo, ello genera un déficit en la persona²⁸⁷ que no debe ser agravado por la ejecución de la pena, por que al volverse más afflictivo, afectará el proceso de rehabilitación del sujeto²⁸⁸.

De ahí que la ejecución de la pena no debe propiciar un estado de mayor afflictividad en la persona del condenado, por que menguar el ámbito de autodeterminación de la persona, afectando su capacidad de responsabilidad, y ante unas consecuencias extremadamente afflictivas, creará o potenciará antivalores entre los condenados, que inhibirán efecto positivos a las políticas de inclusión.

En tal sentido, la finalidad de la pena privativa de libertad y del régimen de su ejecución debe ser la protección y el fomento de los valores constitucionales, y en virtud de ello, la ejecución de la pena debe responder a la interacción social, con lo cual la ejecución de la sanción debe verificarse dentro de una dimensión social y no excluidas de ella; es decir, la pena debe ejecutarse incluyendo al reo en una perspectiva social y no excluyéndolo.

En suma, las consecuencias de la pena –su ejecución– deben entenderse no como un sacrificio expiativo de las personas, sino como opciones posibilitadoras de desarrollo de la actividad social, que permitirán al individuo en concreto, una opción de interacción en el tejido social, una vez cumplida la pena; favoreciendo con ello el desarrollo de las aptitudes humanas, esa es la finalidad de la pena privativa de libertad: potenciar al ser humano, no reducirlo, ni destruirlo o aniquilarlo, la pena es ya afflictiva por la privación de libertad y el régimen de vida que lleva implícito, para exasperarlo a grados intolerables.

Y es que el condenado que tiene que cumplir una pena, no sólo tiene deberes que cumplir, sino que es una persona con un

287. BARATTA Alexandro "Criminología crítica y crítica del derecho penal" Siglo XXI Editores, México D.F. 1986 p 174.

288. BLANCO Edward Sidney, MEMBREÑO José Ricardo "Ley Penitenciaria..." op cit p 34.

status jurídico a quien se deben asegurar todos los derechos y garantías que la Constitución y otras leyes le conceden. Las únicas diferencias entre condenado y otros ciudadanos, son los derechos que limitan la pena, pero esta limitación debe provenir de leyes razonables que guardan armonía con la Constitución. De ahí que los derechos limitados por la pena, deben serlo en un grado de proporcionalidad y acorde a los mismos principios que impone la Constitución: Igualdad, dignidad, humanidad, lesividad, culpabilidad, proporcionalidad, readaptación, entre otros.

Por ultimo debe indicarse que conforme al principio de rehabilitación del condenado, art. 27 Cn deriva para el reo una serie de derechos, de entre los que se destacan: 1) El derecho a no ser maltratado por penas excesivamente aflictivas; 2) El respeto a su humanidad, en virtud de la dignidad de ser persona; 3) El derecho a la no discriminación de ningún tipo; 4) El derecho a la información y a la libertad de pensamiento; 5) El derecho al respeto a la vida familiar; y 6) El derecho al desarrollo personal.

Esos derechos, además de estar contemplados en nuestra Constitución como derechos civiles, están reconocidos ampliamente por tratados internacionales, leyes de la República, como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la Convención contra la Tortura y otros Tratos y Penas Crueles, Inhumanas o Degradantes; además de dos declaraciones que ya la Sala de Constitucional ha dado como fundamento interpretativo del respeto a los Derechos Humanos, los cuales la Declaración Universal de Derechos Humanos y las Reglas Mínimas para el Tratamiento de Reclusos.

Normativamente el principio de resocialización o de rehabilitación tiene un amplio marco legal, comenzando por el artículo 27 Cn; lo reconoce también como principio rector el artículo 2 de la Ley Penitenciaria cuando precisa que la ejecución de la pena, tiene como finalidad suministrar al reo las condiciones favorables que le haga posible “una armónica integración a la vida social”.

En igual sentido el Reglamento de la ley materia hace énfasis en el artículo 3 la finalidad de reinserción de los penados y de los sometidos a medidas de seguridad. La readaptación como finalidad de los regímenes penitenciarios está prescrita en el artículo 10. 3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y en el artículo 5. 6 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

3.3 PRINCIPIO DE NORMALIDAD.

Conviene indicar, la estrecha vinculación entre el principio de normalidad y el principio de rehabilitación o inclusión de la pena, puesto que uno no se entiende sin el otro, para lograr una efectiva rehabilitación del condenado. Su vida en prisión, aún con las

consecuencias afflictivas que de ellas se derivan, debe discurrir en parámetros lo más similares posibles a la vida en libertad, por cuanto el reo, posteriormente se deberá insertar en la normalidad de la vida social, y ello será mucho más difícil si existe una completa asimetría entre las condiciones de la vida en prisión y las condiciones de la vida en libertad.

Para ello es importante tener en cuenta que el régimen de ejecución de la pena privativa de libertad, no debe limitar más allá de lo imprescindible la normalidad de la vida del recluso²⁸⁹, de ahí que se deben potenciar los contactos del condenado con el mundo exterior, e impulsar las estrategias adecuadas para el fortalecimiento del desarrollo personal, con lo cual la exigencia del principio de normalidad radica, en el hecho que, el tratamiento de la ejecución de la pena, debe estar orientado en su plenitud a preparar al recluso para desarrollar una vida normal en la sociedad, cuando sea puesto en libertad.

Lo anterior implica necesariamente el esfuerzo por reducir las diferencias entre vida en libertad y vida en prisión; lo cual no significa igualdad de condiciones –en la prisión ello no es posible– sino el objetivo de que la ejecución de la pena, se verifique reduciendo las grandes brechas, entre la vida penitenciaria y la vida en sociedad; por ello es que el régimen de ejecución de la pena no puede privar al recluso de su sentido de responsabilidad.

Ahora bien, mecanismo importante para desarrollar el principio de normalidad, es el retorno paulatino del recluso a la vida en el orden social, de ahí que el régimen progresivo adoptado por la Ley Penitenciaria y la aplicación de los subrogados penales, son aspectos importantes para garantizar la eficacia del principio de normalidad; estos mecanismos son los que permiten una reducción esencial entre las diferencias de vida en prisión y vida en libertad, y con ello se cumple el postulado rehabilitador que manda la Constitución en el artículo 27 de la Cn; ejemplo de la integración de este principio a la normativa penitenciaria es la regla contenida en el número 6 del artículo 97 de la Ley Penitenciaria.

De ahí que, el régimen de la vida en prisión en todo momento debe estar orientado a tratar de reducir los espacios diferenciales entre la vida de prisión y la vida en libertad, ello porque el aumento de las diferencias acrecienta el problema de la sub-cultura carcelaria, y los efectos nocivos del fenómeno de la prisionalización²⁹⁰, debilitándose con ello el sentido de responsabilidad del reo y perdiéndose por este el respeto a la dignidad del hombre.

Para ello es clave los contactos con sus familiares, el acceso a la información normal y el no aislamiento, por cuanto fomentarla

289. MAPELLI CAFFERANA Borja "Tendencias modernas en la legislación penitenciaria" op cit p 131.
290. Ver TORO David "Reincorporación Social" en "Conferencia Latinoamericana sobre Reforma Penal y Alternativa a la Prisión. Memorias. Ministerio de Justicia de la República de Costa Rica y Reforma Penal Internacional. San José Costa Rica. 2002 pp 62 a 63.

un mejor desarrollo personal del condenado. El principio de normalidad es fundamentador en el régimen progresivo de las instituciones siguientes: a) fase de confianza artículo 98 LP y 263 del RLP que señala que: “Tiene como objetivo promover y motivar, en los internos el establecimiento de relaciones formales con la comunidad externa a fin de facilitar y fortalecer su proceso de reinserción social y familiar”.

Con un mayor énfasis, en el principio de normalidad, la fase de semi-libertad es un mecanismo esencial para reducir los aspectos diferenciales de la vida en prisión y en libertad; la formulación se precisa en el 100 LP y el objetivo queda claramente establecido en el artículo 264 RLP que prescribe: “Esta fase de semilibertad tiene como objetivo dar oportunidad al interno de poner en práctica la capacidad de reinserción social positiva, fortaleciéndose dentro del periodo de entrenamiento previo a su reinserción definitiva a la comunidad. También el trabajo penitenciario se adscribe en los fundamentos del principio de normalidad al establecer en el artículo 104 que: “El trabajo penitenciario no deberá ser de carácter afflictivo. Se procurará en todo lo que sea posible, la identificación de las características del trabajo penitenciario con el trabajo en libertad”.

La consecuencia de lograr la mayor efectividad del principio de normalidad es que hace viable la vigencia del principio de reducción del daño, por cuanto, sabiéndose que la pena privativa de libertad es afflictiva y que la cárcel es un factor criminógeno que genera consecuencias nocivas en el ser humano, como la institucionalización carcelaria y las sub-culturas carcelarias; la ejecución de la pena privativa de libertad debe tener por objeto causar el menor daño posible a la persona del ser humano, es decir evitar en todo lo posible su mayor desocialización como fenómeno del encierro en prisión; factor clave para evitar la un mayor proceso desocializante de los reclusos, es reducir los márgenes de hacinamiento penitenciario²⁹¹.

3.4 PRINCIPIO DE CUIDADO.

Uno de los axiomas importantes dentro del ámbito de la ejecución de la pena, es el denominado principio de cuidado –que esta vinculado al de jurisdiccionalidad. Bajo la égida de este principio, los seres humanos que están internados en los centros penales, son responsabilidad del Estado, en cuanto a la protección y fomento de sus derechos fundamentales y humanos.

De ahí que las restricciones que se verifiquen a los ámbitos de autodeterminación del recluso para la estabilidad de una vida

291. CARRANZA Elías “Las Prisiones en América Latina” en “Conferencia Latinoamericana sobre Reforma Penal y Alternativa a la Prisión. Memorias. Ministerio de Justicia de la República de Costa Rica y Reforma Penal Internacional. San José Costa Rica. 2002 p 18.

comunitaria dentro de los centros penales, son necesarias, pero deben de hacerse con respeto a los marcos constitucionales: Es deber del Estado y su responsabilidad, prevenir y tutelar los bienes jurídicos de los internos en los centros de cumplimiento de penas. Las personas privadas de libertad no pierden este derecho reconocido sin distinción a todos en el artículo 2 de la Constitución, que obliga al Estado a la conservación y defensa de los mismos, precisamente por ello el principio de cuidado implica un doble efecto, asegurar los bienes jurídicos de los reclusos de ataques de terceros; asegurarlos a su vez, del excesivo autoritarismo del Estado, con lo cual se rechaza que el principio de cuidado pueda fundamentarse en la doctrina de la sujeción especial.

3.5. PRINCIPIO DE REDUCCIÓN DEL DAÑO.

El principio de reducción de daño, también se encuentra estrechamente vinculado a los principios de normalidad y de readaptación, con lo cual se quiere significar que la ejecución de la pena privativa de libertad, debe cumplir el principio de reducción del daño en la humanidad de la persona que se encuentra en prisión²⁹². De acuerdo con el mismo, los propósitos fundamentales de la pena son dos: la rehabilitación del condenado y la prevención de los delitos. (mismos que acoge nuestra Constitución en el art. 27).

Uno de ellos es la readaptación del condenado, lo cual lleva a entender que la pena privativa de libertad no es un mecanismo de exclusión social, y que por lo tanto, el condenado deberá nuevamente volver a la sociedad; de ahí que, es desventajoso para la sociedad que los reos al regresar al tejido social lo hagan más endurecidos por el delito y con mayor dedicación a los estilos de vida de la criminalidad.

En virtud de lo anterior el principio de reducción del daño puede potenciarse desde tres perspectivas: a) evitar que las penas privativas de libertad sean excesivas, en su dosimetría abstracta y concreta, por cuanto penas de amplio espectro sólo agudizan los efectos de la prisionalización; b) reducir en los ámbitos de ejecución de la pena, los efectos nocivos que se derivan de la privación de libertad; c) dar vigencia a los subrogados penales, y a la fase de ejecución progresiva de la pena privativa de libertad; de lo contrario, los daños ocasionados en el ser humano son progresivos y son uno de los efectos más comunes de la prisión, y si ella se agudiza en tiempo y en forma de tratamiento, los efectos dañinos al hombre suelen ser irreversibles, con ello se incumple el principio de la

292. Con una visión práctica sobre la importancia de las políticas de reducción del daño en cuanto al tratamiento carcelario, DA ROCHA Joaquín "Experiencias en el área de política penitenciaria" en "Jomada sobre sistema penitenciario y derechos humanos" Editores del Puerto. Buenos Aires. Argentina 1997 pp 137 a 138.

rehabilitación.

En relación con lo anterior, debe formularse una visión realista: La condena a una pena privativa de libertad, no obstante su visión resocializadora, como instrumento restrictivo de derechos fundamentales, es y siempre será aflictiva para el condenado, ello es un fin deletéreo, inherente a la pena de prisión. Pero lo que no debe olvidarse es que la prisión no está pensada como un lugar para que al condenado le sean infligidos más sufrimientos de los naturales a la pena privativa de libertad. Si bien es cierto la prisión no es un lugar en el cual la vida se desarrolla normalmente, las condiciones de la pena si deben estar orientadas a la rehabilitación, es decir, debe acercarse lo más posible a la normalidad.

Es por ello que las penas de prisión no deben restringir más allá de lo necesario los derechos y libertades de las personas, los contactos familiares y sociales, y su relación con el mundo exterior, prescribiendo con ello a los reclusos verdaderas opciones de desarrollo personal. La pena privativa de libertad, en suma debe facilitar la adaptación e integración del recluso a su ulterior vida en libertad en la comunidad.

3.6 PRINCIPIO DE JURIDICCIONALIDAD.

La ejecución de las consecuencias jurídicas del delito, y de éstas aquellas que se concretizan en la privación de libertad de las personas, deben de estar sujetas al más estricto control jurisdiccional²⁹³, de ahí que las prisión y las medidas de seguridad, sean ejecutadas bajo el control de la jurisdicción²⁹⁴, y ello implica dos consecuencias:

a) toda restricción de derechos fundamentales –como en este caso la libertad de las personas– esta sometida a los poderes de la jurisdicción y no al poder de otro funcionario, corresponde a los jueces la decisión o el control sobre decisiones que asuman otros funcionarios, respecto de la restricción de derechos fundamentales, ello es una derivación del principio constitucional de exclusividad de la jurisdicción;

b) en materia de delitos y de penas, además corresponde con exclusividad a los jueces, no únicamente juzgar, sino además ejecutar lo juzgado, de ahí que la ejecución de la penas y de la pena privativa de libertad sea una competencia constitucional asignada al control de la judicatura.

En relación a ello, el artículo 6 de la IP establece el principio de judicialización o de jurisdiccionalidad en la ejecución de la pena, con lo cual se determina el control jurisdiccional en: a) respecto de la ejecución de la pena o medida de seguridad; b) el control respecto del estricto cumplimiento a la aplicación del régimen penitenciario.

293. BLANCO Edward Sidney, MEMBREÑO José Ricardo "Ley Penitenciaria..." op cit pp 40 a 41.

294. BORJA MAPELLI Cafferana "Ejecución y proceso penal" op cit pp 62 a 65.

De ahí que se regule lo respectivo a los organismos judiciales de aplicación en lo relativo a la ejecución de las penas privativas de libertad y a los regímenes asignados, competencia y atribuciones que se extiende al control de las medidas de seguridad. Como consecuencia de lo anterior, todas las actividades de los organismos administrativos que intervienen en la ejecución de la pena, está bajo el control jurisdiccional en el marco de su competencia y las decisiones de dichos órganos de administración no deben entenderse vinculantes para el juez.

3.7 PRINCIPIOS POLÍTICO-PENALES DE LA EJECUCIÓN DE LA PENA EN MATERIA DE RESOCIALIZACIÓN.

La finalidad resocializadora de la pena es de tanta trascendencia, que ante la crisis presentada por las iniciales teorías de la resocialización, fundamentadas en la ideología del tratamiento y de la sujeción, han debido ser reformuladas conforme al actual estado de las cosas, para que finalidad rehabilitadora de la pena se conserve, pues ella misma, rectamente entendida es un instrumento importante para la actividad de inclusión de las personas que cumplen penas privativas de libertad y están sujetas a un régimen penitenciario, de ahí que aún de manera sintética deben enunciarse los principios rectores en esta materia, que son importantes en cuanto a su desarrollo en la llamada función político criminal terciaria.

(I) Principio de simetría funcional de los programas dirigidos a ex-detenido y de programas dirigidos al ambiente y a la estructura social. Parece ser que este principio se desarrolla sobre la base del principio de normalidad; de ahí que el principio de simetría implica que el desarrollo que se dará a la ejecución de la pena privativa de libertad, en cuanto a las condiciones de vida, debe de ser correspondiente a las condiciones que el privado de libertad encontrara en la vida social, cuando salga en libertad, de ahí que las condiciones del tratamiento penitenciario –no en su visión antigua– deben ser la idóneas en cuanto a la familia, el ambiente, el entorno cultural, laboral, etcétera; la actividad de reintegración requiere de roles y competencias que no sean provistas de manera asistida, sino compartida, para fomentar o mantener el principio de responsabilidad.

(II) Principio de presunción de normalidad del condenado. Este principio establece la necesidad de partir de la visión de normalidad del condenado, es decir, el reo es una persona que ha cometido delito, la caracterización de la desviación –como concepto en desuso en la moderna criminología– no debe ser aplicada, de ahí que se debe abandonar la visión del recluso como un ser patológico del delito, por cuanto esta visión morvida del delincuente tiene una clara impronta del positivismo criminológico. Así la rehabilitación debe ser proyectada, sobre las necesidades personales

de los reclusos, pero con un enfoque distinto a la ideología del tratamiento. Los programas deben ser elaborados no bajo un ideario de patología delictiva con fundamentos meso-mórfico delictivos. Lo anterior en el ámbito de la ejecución penal debe llevar a diferenciar claramente los aspectos disciplinarios y los programas de reinserción, estos últimos sólo se desarrollan mediante políticas de ofertas de inclusión.

(III) Principio de exclusividad del criterio objetivo de la conducta en la determinación del nivel disciplinario y del régimen de disminución de pena. Lo anterior lleva a exigencia de una estricta separación entre pena, disciplina carcelaria y programas de reinserción social. Lo anterior exige que se establezcan únicamente criterios objetivos para la determinación de las infracciones administrativas y para el otorgamiento de los subrogados de pena o de las fases que disminuyen la intensidad de la pena privativa de libertad. Criterios objetivos significa, que únicamente deben verificarse hechos y conductas sobre hechos, así como la atribución de las mismas, abandonando los meros juicios subjetivos que son inverificables y por ende no controlables, se nota aquí el advenimiento del principio de estricta legalidad.

(IV) Principio del criterio de reagrupación y diferenciación del tratamiento independiente de las clasificaciones tradicionales y de las diagnósticos criminológicos de impronta positivista. Por medio de dicho axioma se señala que deben superarse los criterios tradicionales de diagnóstico criminológicos y de clasificación de condenados, con lo cual se propone una reorientación de los criterios de selección y de reagrupación, los cuales se sintetizan en los siguientes:

- (1) facilitar la interacción del reo con la familia y su ambiente;
- (2) reducir las asimetrías en las relaciones sociales entre los detenidos, brindándoles ambientes de cierta homogeneidad cultural o social;
- (3) optimizar las relaciones personales para mejorar el clima social en la cárcel y obtener espacios amplios de gestión de conflictos personales o colectivos, evitando las soluciones violentas;
- (4) impulsar diferenciaciones racionales de los programas y servicios fundamentados en necesidades y demanda de la población reclusa.

(V) Principio de extensión simultánea de los programas de inserción e inclusión a toda la población carcelaria. Parte este principio de la necesidad de diferenciar entre pena, régimen disciplinario interno y programas de reintegración social, en el sentido que en los mismos debe de manejarse una política de no interferencia, por lo tanto, lo atinente a los programas de reintegración que es una de las claves esenciales para el proceso de rehabilitación, no debe ser negado a los reclusos que se encuentren bajo sanciones en razón del régimen disciplinario interno.

(VI) principio de extensión diacrónica de los programas. Continuidad de las fases carcelarias y post-carcelarias. Este principio es fundamental para la pretensión del éxito del tratamiento rehabilitador, teniendo en cuenta que la persona objeto del tratamiento ha estado sometida a una condición particular de vida, la del privado en libertad; de ahí que teniendo en cuenta que el modelo de reintegración no es disciplinar ni punitivo, es importante su extensión –como programa de apoyo– respecto de las personas que cumplen en libertad su pena o que son puestos en libertad, ello garantiza una mejor inclusión en el tejido social, y genera una mayor identificación entre cárcel y sociedad.

(VII) Principio de reciprocidad y relación de roles. El principio se fundamenta en la disminución de la asimetría de roles en la vida carcelaria. La cárcel en mayor o menor medida es una comunidad de frustraciones, para todos los operadores de la misma, no únicamente para el condenado. Todas las personas que se relacionan con la cárcel, son condicionadas negativamente por su visión de institución total, sobre todo por las contradicciones tratamiento-pena-resocialización-disciplina.

Se indica que la salud mental de los involucrados en el mundo carcelario se afecta por la alienación entre relaciones de personas y roles. De ahí que la aplicación del principio de asimetría es la base para la reciprocidad y relación de roles, lo anterior significa que la comunicación entre personal penitenciario y reos se transformen de relaciones de institucionalización que llevan insertos los roles de autoridad-sometimiento a relaciones hetero-comunicación, de aprendizaje recíproco y de alivio de perturbaciones.

(VIII) Principio de la Anamnesis social. Debe rechazarse el paradigma de la cárcel como anamnesis criminal –diagnóstico individual sobre el crimen y su tratamiento – para desarrollarse una política de contenido social sobre el delito. La cárcel no es un universo particular, sino una especie de micro-cosmos que refleja el universo social; es por ello que la reconstrucción de la vida personal del recluso –finalidad de la inclusión– debe ser verificada en el contexto de lo social, debe entenderse el fenómeno carcelario no como una vuelta a lo individual –visión expiacionista de la cárcel – sino como una vuelta a lo social²⁹⁵.

DERECHOS EN LA EJECUCIÓN DE LA PENA. Conviene aquí indicar que los principios que se han apenas esbozado, tienen como finalidad esencialmente la defensa de los derechos de los internos en la fase ejecutiva de la pena, lo reiteramos aquí nuevamente que el reo es condenado a una pena privativa de libertad y sometido a un régimen especial de tratamiento en atención a pena impuesta, a la vida en la cárcel y a los programas de reintegración; no es una

295. El desarrollo de estos principios político-penales de reintegración ha sido resumidos conforme a la visión presentada por BARATTA Alexandro "Reintegración social del detenido" op cit. pp 77 a 88.

especie de alien juris desposeído de sus derechos civiles, sino que es una persona con plenitud de derechos²⁹⁶, de los cuales, únicamente se encuentran limitados aquellos que se afectan por la pena impuesta. En atención a ello –sin que sean objeto de desarrollo en este trabajo– deben al menos enunciarse esos derechos.

- 1) Derechos relacionados a la persona en su dimensión vital: derecho a la vida, derecho a la integridad física, psíquica y moral, derecho a la salud.
- 2) Derechos relacionados a la autonomía personal: derecho a la dignidad, derecho a la intimidad, derecho al honor, derecho al secreto de la correspondencia epistolar, derecho al secreto de la comunicación personal, derecho a la libertad locomotiva dentro del recinto penal.
- 3) Derecho a la seguridad personal.
- 4) Derecho a la jurisdicción y a la tutela judicial efectiva.
- 5) Derecho a la libertad de culto y a las practicas religiosas.
- 6) Derecho a la libertad de reunión y libertad de asociación.
- 7) Derecho al ejercicio de petición
- 8) Derecho al trabajo, derecho a la libre elección de la actividad laboral.
- 9) Derecho a la propiedad privada,
- 10) Derecho a la tutela de la seguridad personal.
- 11) Derecho a la igualdad.
- 12) Derecho al esparcimiento y a la formación personal.

4. PRINCIPIOS EN LA JUSTICIA PENAL JUVENIL.

4.1 PRINCIPIO DEL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR.

El principio del interés superior del niño, no es un axioma nuevo en el área normativa de menores, ya la declaración de derechos del niño, en el principio dos, establecía que los niños gozaban de una protección especial, la cual debería dispensarse a partir del reconocimiento normativo, con la finalidad de alcanzar

296. Manifestaciones de la dignidad humana en relación a la pena de prisión. Tribunal Tercero de Sentencia de San Salvador. 12-06-03. El panorama que la pena de prisión nos presenta, en su modelo de expansión, que se origina del artículo 45 N° 1 del CP y se complementa en el art. 103 de la Ley Penitenciaria por reenvío, es el de una pena cruel inhumana y en suma tormentosa, dado el carácter de su alicitividad, respecto de la persona a quien es impuesta. Sobre esta clase de pena, debe reconocerse el principio de dignidad humana, derivado del art. 1 Cn (...) y el principio de rehabilitación del condenado, art. 27 Cn del cual se derivan para el reo una serie de derechos de entre los que destacamos: 1) el derecho a no ser maltratado por penas excesivamente alictivas; 2) el respeto a su humanidad en virtud de la dignidad de ser persona; 3) el derecho a la no discriminación de ningún tipo; 4) el derecho a la información y a la libertad de pensamiento; 5) el derecho al respeto a la vida familiar; 6) el derecho al desarrollo personal. Esos derechos además de estar contemplados en nuestra Constitución como derechos civiles, están reconocidos ampliamente por Tratados Internacionales que son leyes de la República, como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la Convención contra la Tortura y otros Tratos y Penas Crueles, Inhumanas o Degradantes; además de dos declaraciones que aunque no son tratados, ya la Sala de lo Constitucional ha dado como fundamentos del respeto a los Derechos Humanos; nos referimos a la Declaración Universal de los Derechos Humanos y las Reglas Mínimas para el Tratamiento de Reclusos.

un desarrollo óptimo, saludable y normal, bajo parámetros de dignidad y libertad, debiendo las leyes normar bajo el interés del menor²⁹⁷. Mientras que en el principio siete establecía que el interés superior del niño debería ser la directriz esencial en lo relativo a su educación y orientación²⁹⁸.

Según se informa, el tema de la inclusión o no del principio del interés superior, fue ampliamente debatido en las reuniones preparatorias para la elaboración de la Convención sobre los Derechos del Niño, en el sentido de examinar su rendimiento, por cuanto se estima que la visión –paternalista que fue fuente de la doctrina de la situación irregular²⁹⁹– podría representar una disminución de la visión del menor como persona que es sujeto de derechos y de responsabilidad³⁰⁰.

Empero, la decisión fue reconocer la normatividad del principio, de ahí que en el artículo 3.1 de la Convención precitada se prescribiera que: “En todas las medidas concerniente a los niños, que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial que se atenderá será el interés superior del niño”.

Lo anterior es menester reconocerlo, por cuanto como se indicó, el interés superior del menor fue un fundamento importante del modelo de la justicia tutelar en materia de menores³⁰¹, y precisamente que fue eso uno de los fundamentos de la doctrina de la situación irregular³⁰², con lo cual se pretendía actuar siempre en defensa de los menores, aunque de esa manera se les hiciera objeto del derecho³⁰³; es decir que bajo una intención piética respecto de

297. El aludido principio reza: “El niño gozará de una protección especial y dispondrá de oportunidades y servicios, dispensados todos ellos por la ley, y por otros medios para que pueda desarrollarse física, mental, moral y espiritual y socialmente en forma saludable y normal, así como en condiciones de libertad y dignidad. Al promulgar leyes con ese fin, la consideración a que se atenderá será el interés superior del niño”. Resolución N° 1386 (XIV) de 1959 de la Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas en PACHECO Máximo “Los Derechos Humanos”. Editorial Jurídica de Chile. Santiago de Chile. 1987 pp 616 a 619.

298. El principio siete en el párrafo siete prescribía que: El interés superior del niño debe ser el principio rector de quienes tienen la responsabilidad de su educación y orientación. PACHECO Máximo Los Derechos Humanos...” op cit p 616 a 619.

299. Una visión de la función tutelar y la doctrina de la situación irregular en GUZMÁN FLUJÁ Vicente, BELLOFF Mary Anna, MARTÍN ATIENZA María Luisa “Apuntes sobre el Proceso de Menores en El Salvador”. Consejo Nacional de la Judicatura. Escuela de Capacitación Judicial. San Salvador. El Salvador pp 170 a 176.

300. Ver O’DONNELL Daniel “La Convención sobre los Derechos del Niño. Estructura y Contenido en “Derechos de la Niñez y de la Adolescencia”. UNICEF Editores. San José Costa Rica. 2001 p 21.

301. Ver GARCÍA MENDEZ Emilio “Adolescentes en conflicto con la ley penal: seguridad ciudadana y derechos fundamentales” en “Estudios Básicos sobre Derechos Humanos VII. Instituto Interamericano de Derechos Humanos y Agencia Sueca para el Desarrollo Internacional. San José. Costa Rica. 1996 pp 231 a 232.

302. Respecto a los fundamentos de la doctrina de la situación irregular, así como a sus fundamentos político-ideológicos sustentados en: a) el conservadurismo jurídico-corporativo; b) el decisionismo administrativista; c) el basismo de la atención directa. Ver GARCÍA MENDEZ Emilio “Infancia. De los derechos y la justicia”. Editores del Puerto. Buenos Aires. Argentina. 1998 pp 7 a 11.

303. Es ilustrativa en este sentido lo que expresa Ferrajoli cuando señala respecto de la doctrinas paternalista: “El tradicional paradigma paternalista del Derecho minoril resulta de hecho por su naturaleza informal y discrecional, siempre consignando a un supuesto poder “bueno” que invariablemente actuaría en el “interés superior del menor”. Es justamente este presupuesto el que ha sido dramáticamente desmentido por la realidad, habiéndose transformado de hecho en una ausencia absoluta de normas y legitimando los peores abusos y

los menores se redujeron notablemente para el menor las garantías y derechos penales y procesales, bajo un esquema de defensa social del menor³⁰⁴.

Conviene ahora examinar, la visión de la doctrina del interés superior del menor³⁰⁵, en relación a la doctrina de la protección integral³⁰⁶. Fundamento inicial, –como se expresó– en la Convención de los derechos del niño es que se reconoce el principio del interés superior del menor, empero es oportuno indicar que, en la normas de la convención que se refieren al aspecto penal, no se regula expresamente dicho principio, ni tampoco se encuentra en regulación en normativa internacional posterior, como son las Reglas de Beijing, y las Directrices de Riad. No obstante ello, el interés superior del menor siempre se ha entendido que es un cimiento principalístico de la justicia penal juvenil e inclusive fundamentador³⁰⁷.

En relación con la legislación penal juvenil, debe señalarse que expresamente el principio de interés superior esta reconocido como uno de los principios rectores, ello lo informa el artículo 3 ley Penal Juvenil* (LPJ) cuando prescribe que: “La protección integral del menor, su interés superior... son los principios rectores de la presente ley”. Sobre el alcance del principio de interés superior del menor, el mismo ha sido calificado de difuso ³⁰⁸, y de ahí su explicación conjunta con el principio de protección integral.

4.2 PRINCIPIO DE LA PROTECCIÓN INTEGRAL.

Ahora bien, aunque el interés superior del menor, informa tanto la doctrina de la situación irregular, como la de protección integral del menor³⁰⁹, debe indicarse que éste ultima, tiene un

* El nombre de la Ley del Menor Infractor fue cambiada a Ley Penal Juvenil, mediante D.L. No. 395, del 28 de julio del 2004, publicado en el Diario Oficial No. 143, Tomo 364, del 30 de julio del 2004.

arbitrariedades”. GARCÍA MENDÉZ Emilio, BELOFF Mary (editores) Infancia, Ley y democracia en América Latina. Temis. Santa Fe de Bogotá. Colombia. 1998 p XIII.

304. En tal sentido GARCÍA MENDÉZ Emilio “Derecho de la Infancia adolescencia en América Latina. Editorial Edino. Guayaquil. Ecuador. 1994 pp 83 a 89.

305. Una amplia visión del principio del interés superior del menor en QUINTANILLA MOLINA Salvador Antonio “Los Principios de la ley del menor infractor” en “Justicia Penal de Menores”. AA. VV. ARSJ/UTE. 1° edición. San Salvador. El Salvador. 1998 pp 45 a 50.

306. Ver LOBATO SANTOS José Luciano “Eficacia y garantía de la legislación de menores en El Salvador” en “Justicia Para Todos”. Jaime Martínez Ventura. Compilador: FESPAD ediciones. San Salvador. El Salvador 1997 pp 168 a 169.

307. Así LLOBET RODRÍGUEZ Javier “El interés superior del niño y garantías procesales y penales” en Ley de la Justicia Penal Juvenil de Costa Rica. Lecciones aprendidas. UNICEF. San José. Costa Rica. 2000 pp. 45 a 54.

308. En tal sentido ARMJO SANCHO Gilbert “Manual de Derecho Procesal Penal Juvenil”. Investigaciones Jurídicas. San José Costa Rica. 1998 p 165.

309. Una interesante síntesis del modelo tutelar al permisivo y al de responsabilidad en CAMPOS VENTURA Oscar Alirio “Antecedentes, orígenes y evolución de los modelos de justicia penal juvenil” en “Justicia Penal de Menores”. AA. VV. ARSJ/UTE. 1° edición. San Salvador. El Salvador. 1998 pp 13 a 25; en igual sentido con un amplio desarrollo de los modelos y de las legislaciones, abordadas desde el contexto del control juvenil. FERNÁNDEZ MARTÍNEZ Ana Cristina, MURGAS LÓPEZ Carlos Ovidio, RIVAS GALINDO Doris Luz, OCHOA GÓMEZ Edgar Alexander, DE JIMÉNEZ Edith Haydee, GUERRERO MORALES Elisa, TORRES GAVIDIA Manuel de Jesús, JOSA DE ROMERO María Antonieta, QUANT DE LINARES María Antonieta, CAMPOS

enfoque diferente, por cuanto, en la protección integral se parte del niño como sujeto con capacidad de derechos, apartándose de la visión de la doctrina irregular que lo trataba como era objeto en su relación con el Estado. La protección integral del menor también esta reconocido en el artículo 3 de la LMI como uno de sus principios rectores³¹⁰ pero además goza de reconocimiento constitucional a partir de las derivaciones del tratamiento diferenciado señalado para los menores en el artículo 35 Cn³¹¹.

Precisamente, el cambio de paradigma trae como consecuencia que el menor ahora considerado como sujeto de derechos –según la doctrina de la protección integral³¹²– también sea caracterizado como sujeto responsable, con lo cual también puede ser objeto de imputación por las conductas delictivas que cometa³¹³, con lo cual se evita la impunidad en materia de delitos cometidos por menores³¹⁴ y se cumple con el principio de acceso a la justicia para la víctimas de delitos provenientes de la población minoril.

La doctrina de la protección integral genera dos importantes consecuencias: a) la vigencia del principio educativo en cuanto al menor, por el cual el menor tiene que interiorizar la responsabilidad de vivir en sociedad, y el respeto de los derechos de terceros; b) el abandono de la ficta de inimputabilidad –adoptada por la doctrina de la situación irregular– con lo cual al menor –bajo cierta parámetro de edad – se le considera capaz de culpabilidad, lo cual no excluye la concurrencia de la eximente de pena en lo relativo a la inimputabilidad concreta³¹⁵.

VENTURA Oscar Alirio, SÁNCHEZ RIVAS Patricia, RIVERA Sneider, DÍAZ CASTILLO Xenia "Justicia Penal Juvenil Salvadoreña". La experiencia de lo operadores. UNICEF (editor) 1° edición. San Salvador. El Salvador. 2001 pp 29 a 64.

310. En lo relativo al principio de protección integral ver QUINTANILLA MOLINA Salvador Antonio "Los Principios de la ley del menor..." op cit pp 44 a 45.

311. Sobre el particular la Sala Constitucional considero que: "Ese tratamiento distinto no significa únicamente una simple separación formal del régimen normativo general –Código Penal y Código Procesal Penal – sino que implica una regulación especial de la materia, es decir, la especialidad del tratamiento legislativo de los menores respecto de la legislación penal común se plantea, incluso desde los aspectos sustanciales. Así la doctrina de la protección hacia los menores que se deduce del artículo 35 inc. 2° Cn parte del supuesto del menor como sujetos de derechos –nunca de objeto de derechos – en consecuencia los criterios ideológicos que deben inspirar el régimen penal de los menores, debe contener todas las garantías sustantivas y procesales establecidas en el programa penal de la Constitución, acoplándose a las características especiales que lo diferencian sustancialmente del proceso penal ordinario". Sentencia de Inconstitucionalidad de la Ley Antimaras p 177.

312. Según se indica los pilares de la doctrina de la protección integral en el ámbito normativo lo constituyen: a) la Convención Internacional sobre Derechos del Niño; b) Las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia Juvenil (Reglas de Beijing); c) Las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para los Jóvenes Privados de Libertad; d) Las Directrices de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia Juvenil (Directrices de Riad). GARCÍA MENDEZ Emilio "Infancia. De los derechos y la justicia..." op cit p 14. En igual sentido: GUZMÁN FLUJÁ Vicente, BELLOFF Mary Anna, MARTÍN ATIENZA María Luisa "Apuntes sobre el Proceso de Menores..." op cit p 176.

313. GÓMEZ DE COSTA Antonio "Pedagogía y Justicia" en García Méndez y Beloff Mary (Editores) en "Infancia, Ley, y Democracia en América Latina." Temis. Santa Fe de Bogotá. Colombia. 1998 pp 62 a 63.

314. En tal sentido TAMARIT SUMALLA, Joseph María "El nuevo Derecho Penal de Menores". ¿Creación de un sistema penal menor? Revista Penal. Número 8. Barcelona España. 2001 p. 74.

315. Con abundantes ideas sobre el tema BUSTOR RAMÍREZ Juan "Inimputabilidad y Edad Penal" en Justicia Penal y Sociedad N° 6. INECIP. Ciudad de Guatemala 1998 pp 119 a 131.

La relación entre principio de interés superior del menor y protección integral del menor es sumamente estrecha y en cuanto su función se ha expresado que esta dirigida en el ámbito de la justicia penal juvenil, al considerar lo más provechoso y eficaz para la reinserción familiar y social del joven³¹⁶; es por ello que el interés superior del menor y la protección integral, se vinculan con el principio educativo, por cuanto se requiere que el menor sea sujeto de una capacitación integral, con lo cual se fortalezca su desarrollo en los ámbitos, culturales, sociales, psíquicos, familiares e inclusive jurídicos.

Por ultimo debe abordarse la consideración que hace la doctrina de la protección integral en materia de menores en cuanto a las sanciones. El primer aspecto a reconocerse es que como toda sanción³¹⁷, significa una privación de derechos –no obstante su finalidad educativa– con lo cual, al restringir bienes jurídicos del justiciable, tienen un carácter afflictivo –con ello se indica que no constituyen un bien en el sentido de la doctrina irregular³¹⁸–. Se trata en suma de una sanción por un delito, aunque con características especiales en virtud del parámetro de la diferenciación.

El cambio de la doctrina de la protección integral, estará orientada por las siguientes características, en el ámbito normativo: a) los cuerpos normativos se dirigen en conjunto a la infancia, y no únicamente para menores en situación de conflicto; b) la solución del conflicto corresponde a la judicatura, en virtud del principio de exclusividad de la jurisdicción, la acusación corresponde al Ministerio Fiscal; c) las cuestiones conflictivas del sector minoril, dejan de verse como patologías sociales; d) se consolida el principio de igualdad, basado en el tratamiento desigual para igualar, y en la equiparación, respecto de otras garantías; e) se aparta de la visión, impunidad-arbitrariedad, para dar paso a la de severidad-justicia; f) se proscriben las medidas asegurativas pre-delictuales, la única responsabilidad corresponde por el hecho punible cometido; g) el menor es considerado como un sujeto de plenitud de derechos, así como un ser responsable; h) Se incorporan a los menores, todas las garantías del debido proceso, tanto del derecho penal de fondo, el procesal penal y el de ejecución de sanciones³¹⁹; i) se reconoce que las consecuencias impuestas por hechos punibles, son sanciones, y que el internamiento constituye una privación de libertad.

316. En tal orden de ideas TIFFER Carlos "La Ley de Justicia Penal Juvenil. Concordada y anotada. Editorial Juritexto. San José, Costa Rica. 1996, p 32 a 33.

317. Ver SANTOS MEJÍA DE ESCOBAR Aida Luz "La Reinserción social en la justicia minoril" en "Justicia Penal de Menores". AA. VV. ARSJ/UTE. 1ª edición. San Salvador. El Salvador. 19981 p 189.

318. BARATTIA Alexandro "Elementos de un Nuevo Derecho Penal para la infancia y la Adolescencia" en "La Niñez y la Adolescencia en Conflicto con la Ley Penal". Editorial Hombres de Maiz. Ministerio de Justicia. San Salvador. EL Salvador 1995 pp 47 a 62.

319. Ver CILLERO BRUÑOL Miguel "Los derechos de los niños y los límites del sistema penal" en "Adolescentes y Justicia Penal". UNICEF e ILANUD Editores. Santiago de Chile. Chile. Pp 21 a 24.

4.3 EL PRINCIPIO EDUCATIVO.

Fundamento esencial del principio educativo, es la diferenciación que por medio del mismo se hace en materia de aplicación de justicia penal entre adultos y jóvenes, por cuanto las consecuencias jurídicas del delito en el ámbito de la justicia penal juvenil, están orientadas esencialmente a la finalidad educativa del joven en conflicto con la ley, lo cual marca la diferencia esencial de la penas en la esfera del orden penal de adultos. Sin embargo debe entenderse que el principio educativo no implica per se que el menor no comprenda sus actos, por cuanto en el estado de cosas del derecho penal juvenil se parte del principio de sujetos responsables y no de la visión de sujetos inimputables³²⁰.

En tal sentido, el principio educativo se entiende en cuanto a la sanción penal juvenil, como dirigido a potenciar la prevención especial positiva estricta, es decir, la evitación de la reincidencia, sin que ello implique a su vez, la exigencia de un cambio de conciencia impuesto al joven, por cuanto ello violaría su derecho a la dignidad humana.

De ahí que el principio educativo no significa llanamente la necesidad de colmar deficiencias en el ámbito educativo³²¹, a menos que ello sea esencial como motivo criminógeno en cuanto al hecho imputado, al cual se debe limitar el ámbito de la sanción; por ello el principio educativo correctamente entendido –diferenciado de la sanción penal juvenil– debe de permear todo el régimen de restricción de derechos y sancionatorio en el área minoril, en el sentido de ser las medidas de coerción procesal –detención provisional– y de coerción material–internamiento– de última ratio.

Debe abordarse aquí la cuestión de la significación que desempeña el principio educativo en la determinación de la sanción del menor³²². Este aspecto debemos vincularlo al principio de culpabilidad y es rector en materia de imposición de sanciones en el ámbito minoril, por cuanto es el fundamento para graduar la sanción en un nivel inferior al grado de culpabilidad, ello sólo es posible realizarlo desde la primacía del principio educativo; siendo que lo anterior se denota con mayor incidencia respecto de la sanción de internamiento, es decir que en virtud del principio educativo, la sanción de internamiento debe ser la última opción a la cual se recurra.

320. Indicando tal visión ALASTUEY DOBÓN M. del Carmen "La Reparación de la Víctima en el marco de las Sanciones Penales. Valencia. España. Tirant lo Blanch. 2000 p 389.

321. Señalando que el principio educativo no se fundamenta en la idea de compensar los déficits de educación mediante el derecho penal ALBRECHT Peter Alexis "Respecto del futuro del derecho penal de menores: peligros y chances" en Un Derecho Penal del Menor. Juan Bustos Ramírez (editor). Editorial Jurídica Cono Sur. Santiago de Chile. 1992 p 61.

322. Sobre las formulaciones del principio educativo en diferentes manifestaciones CAMPOS VENTURA Oscar Alirio "Perspectivas actuales de la ley del menor infractor: hacia la plena legitimación social de un modelo eficaz por medio de sus programas de ejecución de medidas" "en "Justicia Penal de Menores". AA. VV. ARSJ/UTE. 1° edición. San Salvador. El Salvador. 19981 pp 214 a 217.

Conviene aquí examinar cuestiones normativas derivadas de las reglas mínimas en relación a la determinación de la sanción: a) en primer lugar la privación de libertad procede cuando la declaratoria de culpabilidad, sea por un hecho grave en el que concurra violencia contra otra persona o por reincidencia, pero sin que ésta medida de internamiento sea la única opción, sino cuando no concurre otra respuesta adecuada³²³; b) que se establece además que el internamiento de los menores debe ser la última opción y por el menor tiempo posible³²⁴.

Conforme con lo anterior, el principio educativo tiene una importante dimensión en la determinación de la sanción penal juvenil, por cuanto si conforme al principio de culpabilidad -que tiene rango constitucional- la sanción del menor debe ser impuesta sin rebasar su culpabilidad, conforme a éste mismo principio, complementado por el principio educativo, es posible imponer al menor una sanción inferior a su culpabilidad, si ellos es lo más idóneo y necesario en juicio de proporcionalidad para los fines de la integración del menor a la sociedad y a su familia.

De el contexto anterior es plausible sostener que como derivación del principio educativo, la sanción de internamiento del menor debe ser siempre la excepción, cuando absolutamente no sea posible imponer otra sanción que garantice en mejor manera las opciones socio-educativa del menor; ello por que como muy bien se ha señalado es una aporía, que los déficits de las políticas sociales se traten de compensar en las instituciones de privación de libertad³²⁵, sin tener en cuenta la dimensión criminógena de la sanción privativa de libertad.

4.4 EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD.

El principio de proporcionalidad es un regulador de toda la actividad estatal y límite del poder del estado, así como fundamento de los desarrollos político criminales que el estado desarrolle en relación con los derechos y libertades fundamentales de los habitantes. Pero su carácter axiomático, es de mayor entidad -en el sentido de estar fundamentado en la filosofía³²⁶- por lo que el principio de

323. El texto del artículo 17. 1. (c) de las Reglas Mínimas de Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de los Menores establece que: Sólo se impondrá la privación de libertad personal en el caso de que el menor sea condenado por un acto grave en el que concurra violencia contra otra persona o por la reincidencia en el cometer otros delitos graves, y siempre que no haya otra respuesta adecuada.

324. El artículo 19 de las Reglas Mínimas de Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de los Menores prescribe que: "El confinamiento de menores en establecimientos penitenciarios se utilizará en todo momento como último recurso y por el más breve plazo posible."

325. En esa línea argumentativa de manera magistral ARROYO GUTIERREZ José Manuel en "Ejecución de las sanciones en la justicia penal juvenil" en *De la Arbitrariedad a la Justicia: adolescentes y responsabilidad penal en Costa Rica*. Mauricio González Oviedo, Carlos Tiffer (Editores). UNICEF. San José Costa Rica. 2000 pp 445 y ss.

326. ABBAGNANO Nicola "Diccionario de Filosofía". Fondo de la Cultura Económico. México D.F. México. 1961. pp 69 y ss.

proporcionalidad –en sentido amplio– se entiende como el parámetro de necesidad para ponderar los intereses humanos y sociales en una situación de conflicto.

En el marco de la función sancionadora del Estado el principio de proporcionalidad adquiere una inusitada dimensión, por la correlación que debe imperar entre restricciones a los derechos y libertades y vigencia de las mismas; de ahí que en materia de derecho penal juvenil, el principio de proporcionalidad sea también rector en ésta materia.

La estructuración más usual del principio de proporcionalidad se corresponde con la formulación y magistral síntesis que se hace en cuanto a sus derivaciones o consecuencias de: a) principio de idoneidad o de adecuación al fin; b) principio de necesidad o de intervención mínima; c) principio de proporcionalidad en sentido estricto o de ponderación de intereses³²⁷.

Por el principio de idoneidad se ha entendido la obligatoriedad del poder estatal de realizar sus actos de acuerdo a los fines propuestos –fines que se vinculan primero a los fines de la Constitución – de ahí que los actos de los funcionarios del Estado que se traducen en las medidas que en concreto se adopten, deben respetar la finalidad que les da fundamento, es por que ello que entratándose de materia de producción normativa y de su aplicación, las autoridades deben respetar el principio de idoneidad, en el sentido que las medidas adoptadas, deben ser adecuadas a los fines propuestos, que como se dijo están orientados por la vigencia de los fines de la Constitución.

En relación al principio de necesidad debe indicarse que su significación precisa que en las actividades que se desarrolla por los funcionarios de gobierno, los mecanismos utilizados deben ser los que causen un menor efecto lesivo respeto de la funcionalidad de los derechos fundamentales, de ahí que las medidas por las que se debe optar deben ser siempre las menos lesivas, es decir las que menos afecten a los derechos fundamentales, de ahí que en la intervención respecto de los mismos sólo debe ocurrir cuando sea absolutamente necesario.

Por último el denominado principio de proporcionalidad en sentido estricto, éste se fundamenta en la no excesividad –de ahí su denominación– en el sentido de que determinado un acto como idóneo y necesario –en los términos aludidos – es decir que la limitación del derecho o libertad guarda razonabilidad con el interés estatal que se trata de amparar otro interés jurídico, si la privación del derecho o libertad no resulta excesivo, procede su limitación, pero si la afectación es excesiva conforme al juicio de ponderación, la limitación es inadmisibile.

327. En tal sentido GONZALEZ-CUELLAR Nicolás "Proporcionalidad y Derechos Fundamentales en el Proceso Penal". Editorial Colex. Barcelona. España. 1990 p 21 y 153.

El Principio de Proporcionalidad y el sistema de Sanciones en el ámbito penal juvenil. Es importante anotar la vigencia del principio de proporcionalidad –de entre otras áreas– en los ámbitos de las consecuencias jurídicas del delito respecto de los menores. Por cuanto a nivel sancionatorio, el marco que se tiene en la Ley Penal Juvenil, permite la posibilidad de aplicar al condenado una sanción que no necesariamente tiene que ser privativa de libertad, por la amplia configuración que se tiene en el aspecto sancionatorio; en tal sentido, la clasificación de las medidas –artículo 8 LPJ– que se imponen como consecuencia del hecho punible son las siguientes: a) Orientación y apoyo sociofamiliar; b) Amonestación; c) Imposición de reglas de conducta; d) Servicio a la comunidad; e) Libertad asistida; f) Internamiento. Lo anterior refleja, que el juez cuenta con una mayor gama de oportunidad para escoger, la sanción más adecuada y ello es manifestación del principio de proporcionalidad.

Así en el ámbito sancionatorio, el sub-principio de idoneidad, se manifiesta en la alternabilidad del sistema sancionatorio, por cuanto la medida no sólo se determina en atención al hecho cometido, sino que esencialmente debe tenerse en cuenta a la persona del menor, para la eficacia de la sanción, de ahí que la sanción que se imponga en cuanto a su naturaleza, esta estrechamente vinculada al cumplimiento de los fines que se pretenden, que en este caso, se vinculan a la reintegración del menor, en cumplimiento del principio educativo, es decir los fines preventivos especiales, se manifiestan con mayor intensidad por cuanto la sanción a aplicar debe ser aquella que garantice en mejor medida la integración del menor.

De ahí que la manifestación del principio de proporcionalidad, visto de la perspectiva del ámbito sancionatorio, se construye como un límite, respecto de los excesos del Estado en éste ámbito de aplicación de la sanción, con lo cual se cubren las áreas de determinación en abstracto, pero también de determinación en concreto, con ello se configura una intervención punitiva de menor intervención. Es por ello que las sanciones de privativa de libertad, tienen una connotación a nuestro juicio proporcional con el principio de proporcionalidad –duración de hasta siete años – y que además permite cumplir los fines de tratamiento diferenciado respecto del derecho penal de adultos.

Pero también la proporcionalidad puede ser extendida a los ámbitos de ejecución de las sanciones, es decir sus formas y condiciones de cumplimiento, ello por es en esta fase en la cual se manifiesta con toda su extensión el poder penal del estado, por lo cual el cumplimiento de las sanciones siguen estando sometidos al respeto de la proporcionalidad, tanto respecto de la idoneidad, como en cuanto a la necesidad y al principio de proporcionalidad en sentido estricto.

En lo relativo a la sanción del internamiento, el principio

de proporcionalidad tiene una incidencia más notable, por cuanto, respecto de la sanción en materia penal juvenil; se tiene establecido, que la privación de libertad mediante su internamiento, es la última opción a la cual debe recurrir el Estado, lo anterior tiene una derivación con vigencia normativa para la aplicación del derecho penal juvenil como lo es la positividad de las declaraciones en esta materia, de ahí que tiene relevancia lo dispuesto por las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de Justicia de Menores³²⁸, así como la Reglas de Naciones Unidas para la Protección de Menores Privados de Libertad³²⁹.

4.5 EL PRINCIPIO DE CULPABILIDAD COMO LIMITE EN LA JUSTICIA DE MENORES.

El principio de culpabilidad como limite del poder penal, se extiende al ámbito de la justicia penal juvenil. Si el menor se considera como una persona responsable³³⁰, ese grado de responsabilidad debe estar cimentado sobre los fundamentos del principio de culpabilidad, por cuanto éste funciona como limitador de la potestad sancionadora del Estado.

No nos da ningún prurito, el referirnos en el ámbito de la justicia penal juvenil a la culpabilidad, por cuanto, entendemos que los menores de edad, en el contexto de la doctrina de la protección integral, son personas a las cuales se les reconoce derechos y obligaciones en el ámbito del orden social y jurídico, por lo cual son capaces de culpabilidad³³¹.

De ahí que, la designación de responsabilidad que normalmente se desarrolla en el marco de la justicia penal juvenil, no es disímil de la culpabilidad, y únicamente podríamos encontrar diferencias entre las discusiones actuales en la sistemática del derecho penal, respecto de la conveniencia o de la culpabilidad –principio

328. Sobre este aspecto 19. 1 prescribe "El confinamiento de menores en establecimientos penitenciarios se utilizará en todo momento como ultimo recurso y por el más breve plazo posible.

329. Sobre ello regla Primera.

330. CILLERO BRÜNOL Miguel "Nulla poena sine culpa". Un limite necesario al castigo penal de los Adolescentes" en "Adolescentes y Responsabilidad Penal". Emilio García Méndez. Compilador. AD-HOC. Buenos Aires. Argentina. 2001 p 76. Afirmando el carácter de responsabilidad del menor, en virtud de su condición de persona, aunque distinguiéndola de la culpabilidad SANTOS MEJIA DE ESCOBAR Aida Luz "La Reinserción social en la justicia minoril" en "Justicia Penal de Menores". AA. VV. ARSJ/UTE. 1° edición. San Salvador. El Salvador. 19981 p 188.

331. En esta línea de pensamiento, diferenciando entre responsabilidad y culpabilidad BELOFF Mary "Algunas confusiones en torno a las consecuencias jurídicas de la conducta transgresora de la ley penal en los nuevos sistemas de justicia juvenil latinoamericano" en "Adolescentes y Responsabilidad Penal". Emilio García Méndez. Compilador. AD-HOC. Buenos Aires. Argentina. 2001 p 40. También diferencia entre las categorías de culpabilidad y responsabilidad FERRAJOLI Luigi "Derecho y Razón..." op cit p 490. Ciertamente la concepción de la responsabilidad nunca ha sido homogénea, por ejemplo Hart distingue significaciones de responsabilidad así: Role-Responsability; Causal-Responsability; Liability-Responsability; Capacity-Responsability en HART L.H. "Responsability and Retribution", Postscript a punishment and Responsibility, Essays in the Philosophy of law. Oxford. Clarendon Press 1970 p 210 ss. Así citado por MOLINA FERNÁNDEZ Fernando "Responsabilidad Jurídica y Libertad". Una investigación sobre el fundamento material de la culpabilidad. Universidad Externado de Colombia. Bogotá. Colombia. 2002 pp 15 a 16.

y concepto al cual seguimos adhiriéndonos– o de una nuevas formas de imputación como lo son las de responsabilidad; empero tampoco debemos de olvidar, que la responsabilidad de los menores es diferente a la responsabilidad de los adultos, es decir, se trata de niveles diferentes en cuanto a la responsabilidad³³², no puede concurrir una llana equiparación entre adultos y menores –la única equiparación posible es el ámbito de las garantías del principio de culpabilidad – por cuanto el contexto de la responsabilidad es disímil; en el ámbito minoril no sólo concurren responsabilidades personales, sino que también sociales³³³.

Ahora, es conveniente examinar la dimensión con la cual se desarrolla el principio de culpabilidad en el ámbito de la justicia penal juvenil, sin que perdamos la perspectiva que el principio de culpabilidad tiene rango constitucional; de ahí que todos los ámbitos que garantiza el principio de culpabilidad, le son aplicables a los menores en cuanto a la imputación penal de ahí que tengan vigencia: a) el principio de exterioridad de la conducta; b) el principio de personalidad en cuanto a la culpabilidad y la consecuencia jurídica; c) el principio de dolo o culpa o de imputación subjetiva; d) el principio de derecho penal de acto; e) el principio de atribución; f) principio de conocimiento; g) la prohibición de fictas de culpabilidad.

Resulta también importante indicar que respecto del principio de culpabilidad –y aquí se adhiere perfectamente al derecho penal minoril– éste implica el reconocimiento que a nadie se le pueden imponer sanciones si no ha mediado culpabilidad, y que la culpabilidad en principio debe ser adecuada al hecho culpablemente cometido.

Empero, ello no significa reconocer que el principio de culpabilidad se entienda como principio límite, y en tal sentido, como aquel que prohíbe que la culpabilidad sea rebasada por la sanción penal, lo cual implica que la culpabilidad fija el límite máximo de la sanción. Es decir que la sanción, aunque se entienda preventiva en su fundamento, jamás puede rebasar el límite de la culpabilidad, o sea ser fijada más allá de los máximos, pero la pena si puede ser fijada en los ámbitos inferiores de la culpabilidad, si así es necesario por fines preventivos de la pena, por cuanto ello no significa vulneración al límite de la culpabilidad.

La anterior visión de una sanción orientada preventivamente, en ninguna medida es afectadora de las garantías y libertades de la persona, por cuanto, primero es acorde a la culpabilidad, jamás puede rebasar el límite de ésta –en ambos planos radica su garantía

332. BUSTOS RAMÍREZ Juan "Hacia la desmitificación de la facultad reformativa en el derecho de menores: por un derecho penal de menores" en "Un Derecho Penal del Menor". Juan Bustos Ramírez (editor), Editorial Jurídica Cono Sur. Santiago de Chile, 1992 p 5; en el mismo sentido SANTOS MEJÍA DE ESCOBAR Aida Luz "La Reinserción social en la justicia..." p 188.

333. Así BELOFF Mary "Algunas confusiones en tomo a las consecuencias jurídicas de la conducta transgresora de la ley penal en los nuevos sistemas de justicia juvenil..." op cit p 41.

de límite – y por último a favor del justiciable, puede ser la pena fijada por debajo del límite de la culpabilidad, si los efectos preventivos de la misma así lo requieren, es decir si es más conveniente para la integración del menor.

a) La determinación del grado de culpabilidad en la justicia penal minoril. El primer aspecto a desarrollar, es que el fundamento de la culpabilidad respecto del justiciable en el ámbito del derecho penal juvenil está fundamentado en el desvalor que se haga del injusto penal, y de la propia culpabilidad del menor –que es un sujeto estimado responsable– en relación al hecho injusto que el ha cometido.

Así desvalor del hecho y desvalor de la culpabilidad, son los que determinan el grado de merecimiento en concreto, con lo cual, se reconoce un derecho penal de acto; empero, debe indicarse que entratándose de justicia penal minoril, la persona del infractor, puede tener relevancia en cuanto a la finalidad de la sanción, por cuanto ésta en su especie puede ser modificada en atención a los efectos que podría provocar, es decir cuando de acuerdo a la persona del justiciable no sea necesario una medida de mayor intensidad.

b) Dicho lo anterior, debe formularse una precisión respecto de la naturaleza del derecho penal minoril. Es acertado que la gravedad del injusto sea un fundamento de la culpabilidad de la persona del menor, pero la valoración que se hace de la gravedad del desvalor del injusto en el derecho penal de menores, es diferente al derecho penal de adultos, es decir en la justicia penal de menores, el desvalor del hecho antijurídico, no debe ser medido, bajo los mismos parámetros, para la graduación que se hace en el ámbito de la justicia penal de adultos.

De ahí que deben ser considerados las peculiaridades propias de la dimensión juvenil, respecto del hecho cometido, en relación a que no es igual que un hecho injusto lo cometa un menor –con una integración bio-psico-social diversarsa– que lo cometa un adulto; el parámetro de significación de la gravedad es distinto, ello inclusive esta ya reconocido por normativa internacional relacionada a los aspectos de la criminalidad juvenil³³⁴.

c) En lo concerniente a la reprochabilidad de la persona del menor, debe discurrirse respecto a la gradualidad de su madurez en el caso en concreto³³⁵, ello no sólo tiene relevancia para la

334. Así uno de los principios generales enunciados por las Directrices de Riad Númeral I (e) expresa el: "Reconocimiento del hecho de que el comportamiento o la conducta de los jóvenes que no se ajusten a los valores, y normas generales de la sociedad, son con frecuencia parte del proceso de madurez y tiende a desaparecer espontáneamente en la mayoría de personas cuando llegan a la edad adulta. 335. A contrario de lo que ocurría antes, en el ámbito de la justicia penal juvenil, el menor se considera un sujeto imputable, ello es diferente a los modelos decimonónicos en los cuales imperaba el sistema de incapacidad de culpabilidad penal, respecto de los menores, y ello fue una herencia del clasicismo penal, por cuanto si el fundamento de la pena, era el aspecto retributivo, el criterio de merecimiento era la capacidad de discernimiento, de la cual quedaban excluidos los menores, quienes eran tratados ex profeso como inimputables". En tal sentido ver SILVA SÁNCHEZ Jose-María "El nuevo Código Penal: Cinco cuestiones fundamentales. Bosch. Barcelona. España. 1997 p 168.

determinación de la capacidad penal del menor; sino que también tiene trascendencia para determinar el grado de determinación el grado de merecimiento en concreto que le es exigible en cuanto al hecho cometido, en su dimensión como menor pero también relacionado en su dimensión social, la cual debemos reconocer no puede ser escindida en el contexto de la justicia penal juvenil³³⁶.

d) El advenimiento del principio de culpabilidad en el derecho penal juvenil –aunque su jerarquía es constitucional– se integra a la doctrina de la protección integral que se desarrolla sobre la base de la responsabilidad del menor, con lo cual, el fundamento de la sanción tiene como límite máximo, la determinación de la culpabilidad de la persona en el hecho cometido, de acuerdo a la propia naturaleza especial de la justicia penal minoril; en cambio bajo la doctrina de la situación irregular, debe reconocerse que la misma, no tenía como fundamento el principio de culpabilidad, sino la peligrosidad de los menores³³⁷.

En el contexto de lo anterior, debe nuevamente enfatizarse sobre la importancia que en lo atinente a la sanción penal en materia de menores, tiene el principio educativo, pero sin entender éste como un sometimiento compulsivo del menor, y visto como un principio limitador del poder penal, que permite reducir los márgenes del encarcelamiento –aunque duele reconocerlo la medida de internamiento, también son un encarcelamiento– siempre que ello sea más conveniente para la integración del menor a su entorno personal y social.

4.6 CARACTERÍSTICAS DEL SISTEMA PENAL JUVENIL.

Por último, es conveniente precisar las características a las cuales deben adscribirse los actuales sistemas de responsabilidad de menores³³⁸, de los cuales nuestro país, no esta excepto por cuanto estos ámbitos regulativos propios de la justicia penal juvenil, son los que le imprimen –entre otros– el carácter de un sistema diferenciado que hace posible la exigencia del artículo 35 de la Constitución, en cuanto exige que la conducta antisocial de los menores esté sujeta a un régimen especial. Dichas características

336. A este último aspecto entendido como incidencia del orden social, en la delincuencia juvenil, se le denomina co-culpabilidad de la sociedad. Así ZAFFARONI Eugenio Raúl. Manual de Derecho Penal. Parte General. Ediar. Buenos Aires. Argentina. 1996 pp 520 a 521.

337. Resumiendo las tesis peligrosistas FELLINI Zulita "Derecho Penal de Menores". AD-HOC. Primera reimpresión. Buenos Aires. Argentina. 2001 pp 50 a 51; en relación a la peligrosidad y a la identificación del menor con parámetros patológicos: SANTOS MEJÍA DE ESCOBAR Aida Luz "La Reinserción social en la justicia..." p 186.

338. Una excelente exposición de los diferentes modelos de justicia penal juvenil en Europa puede verse en: FERNANDEZ MARTINES Ana Cristina, MURGAS LÓPEZ Carlos Ovidio, RIVAS GALINDO Doris Luz, OCHOA GÓMEZ Edgar Alexander, DE JIMÉNEZ Edith Haydee, GUERRERO MORALES Elisa, TORRES GAVIDIA Manuel de Jesús, JOSA DE ROMERO María Antonieta, QUANT DE LINARES María Antonieta, CAMPOS VENTURA Oscar Alirio, SÁNCHEZ RIVAS Patricia, RIVERA Sneider, DÍAZ CASTILLO Xenia "Justicia Penal Juvenil..." op cit pp 67 a 76.

se pueden aproximar de la siguiente manera:

(I) Los sistemas de justicia penal juvenil comprenden a las personas que cometen un delito o una falta, no siendo mayores de dieciocho años. Se ubica de esta forma una edad límite que separa los regímenes de adultos de los de menores³³⁹; siendo el de estos últimos un régimen especial³⁴⁰.

(II) La atribución de la responsabilidad de los menores por los hechos punibles cometidos, tiene un límite en el aspecto psíquico evolutivo del menor³⁴¹, por el cual se fija un límite que es completamente irrebutable, en el sentido que las conductas de los menores en esa edad, no importan responsabilidad penal³⁴², ni consecuencias jurídicas por el hecho cometido, es decir se determina una presunción de no capacidad de culpabilidad penal³⁴³; la edad

339. Sobre ello la Convención sobre los derechos del niño prescribe en el artículo 1 "Para los efectos de la presente convención, se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad". De ahí que el artículo 2 de la LPJ estatuya que: "Esta ley se aplicará a las personas mayores de doce años de edad y menores de dieciocho. Los menores cuya edades se encontraran comprendidas entre los dieciséis años y dieciocho años de edad, a quienes se les atribuyera o comprobare responsabilidad, como autores o partícipes de una infracción penal se les aplicarán las medidas establecidas en la presente ley". Por su parte el Código Penal establece en cuanto al ámbito de aplicación de la ley penal: "La ley penal se aplicará con igualdad a todas las personas que en el momento del hecho tuvieran más de dieciocho años. Los menores de esta edad estarán sujetos a un régimen especial".

340. Sobre esta diferenciación la Sala Constitucional ha dicho: "Entrando en el análisis del caso concreto se observa que el artículo 35 inc. 2° Cn instaure un supuesto especial de igualdad por diferenciación, es decir, el constituyente, en razón de la diferencia natural que advierte en un sector de la población, determina que éste debe ser tratado legal y procesalmente de distinta manera. Así al establecer que a conducta de los menores que cometen delitos o faltas, estará sujeta a un régimen jurídico especial, vuelve evidente el propósito de diferenciar a éstos en relación con el régimen aplicable a los adultos: tal diferenciación se fundamenta en la nota calificativa del concepto minoría de edad, el que a pesar de ser una noción esencialmente jurídica, posee un fundamento fáctico, consistente en la circunstancia que concurre en la persona durante las primeras etapas evolutivas de su desarrollo, diferenciándola de aquella otra en la que se logra plenitud psíquica: la mayoría de edad. El concepto mismo de minoría de edad supone ya una diferenciación, pues se es menor en comparación con la persona que ya es mayor de edad; y en consecuencia, aquél, supone una adjetivación comparativa que al ser aprehendida por el derecho determina una esfera jurídica regida por normas especiales. Por ello la distinción entre minoría y mayoría de edad viene a construir una específica manifestación de la igualdad jurídica, entendida ésta como igualdad valorativa, ya que resulta relativizada de dos maneras: se trata en primer lugar, de una desigualdad relacionada con igualdades fácticas parciales y, al mismo tiempo, de una desigualdad relacionada con determinadas tratamientos o consecuencias jurídicas. Y es que, en realidad, la personalidad, siempre es la misma, y si bien en la minoría de edad aquella se presenta con frecuencia complementada con otra voluntad, ello no supone la desaparición de la personalidad, sino entraña su mantenimiento y reafirmación, sobre todo el papel activo que le corresponde al Estado en el referente al desarrollo integral del menor de conformidad al inc. 1° del art. 35 Cn". Sentencia de Inconstitucionalidad de la Ley Antimaras pp 184 a 185.

341. El fundamento de la fijación de una edad acorde con el desarrollo evolutivo psíquico de los menores se remonta a Las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores que en la regla 4.1. establece que: En todos los sistemas jurídicos que reconozcan el concepto de mayoría de edad penal, con respecto a los menores, su comienzo no deberá fijarse a una edad demasiado temprana habida cuenta de las circunstancias que acompañan a la madurez emocional, mental e intelectual".

342. Respecto a la no responsabilidad de los menores de acuerdo a un parámetro de edad y la responsabilidad para otro grupo de menores, en relación a los efectos preventivos generales del derecho penal JAKOBS Günter "Derecho Penal". Parte General. Fundamentos y Teoría de la Imputación.." op cit pp 629 a 630.

343. Sobre tal cuestión se consideró: "Además de establecer un régimen especial para menores, entendido como el conjunto de normas jurídicas aplicables al menor en conflicto con la ley penal, la Constitución supone la determinación del sujeto del derecho penal de menores y la definición de una edad límite, debajo la cual no debe aplicarse nunca el ius puniendi -arts. 12 y 35 inc. 2° Cn-. Así mismo el artículo 40. 3 letra a) de la CSDN establece que los Estados partes deben establecer una edad mínima antes de la cual se considera que los menores no tienen capacidad para infringir las leyes penales, prescripción imperativa de la cual se infiere la limitación al ejercicio del poder punitivo del Estado sobre los menores de edad, en el sentido de excluir, a

en nuestro ordenamiento se ha fijado en menos de doce años³⁴⁴, y ello es consecuencia del artículo 40. 3. (a) de la Convención sobre los Derechos del Niño, que establece: “El establecimiento de una edad mínima antes de la cual se presumirá que los niños no tienen capacidad de infringir las leyes penales.

(III) Frente al hecho punible cometido se pretende que se la reacción estatal por regla general no este orientada a la imposición de consecuencias jurídicas originadas por el delito, es decir que las soluciones alternativas al conflicto, deben ser privilegiadas, es decir que el control social formalizado debe ser la última opción a la cual se acuda³⁴⁵.

(IV) el sistema de la justicia penal juvenil, es un sistema de responsabilidad penal diferenciado, por lo tanto excluido de la jurisdicción penal de adultos, es decir que sólo es aplicable en las formas de imputación, en las consecuencias jurídicas, en la formalización y en la ejecución de las medidas impuestas a quienes no tengan más de dieciocho años³⁴⁶.

partir de cierta edad mínima, una parte de ellos del alcance del ius puniendi”. Sentencia de Inconstitucionalidad de la Ley Antimaras p 187.

344. El artículo 2 LPJ inciso final reza: “Los menores que no hubieren cumplido doce años de edad, y presentaren una conducta antisocial, no estarán sujetos a este régimen jurídico especial, ni al común, están exentos de responsabilidad penal, y en su caso, deberá darse aviso inmediatamente al Instituto Salvadoreño de protección al menor para su protección integral”.

345. Sobre lo anterior la Convención sobre los Derechos del Niño establece en el artículo 40. 3. (b) “Los estados partes tomarán todas las medidas apropiadas para promover el establecimiento de leyes, procedimientos, autoridades, e instituciones específicos para los niños de quienes se alegue que han infringido las leyes penales o a quienes se acuse o declare culpables de haber infringido esas leyes, y en particular: (b) Siempre que sea apropiado y deseable, la adopción de medidas para tratar a esos niños sin recurrir a procedimientos judiciales, en el entendimiento que se respetaran plenamente los derechos humanos y las garantías judiciales. La directriz de Riad, respecto de los principios fundamentales en la directriz número 5 establece que: “Deberá reconocerse la necesidad y la importancia de contar con políticas progresistas de prevención de la delincuencia, así como de realizar estudios sistemáticos de los motivos para ello, y de elaborar medidas pertinentes que eviten criminalizar y penalizar al niño, por una conducta que no cause graves perjuicios a su desarrollo ni perjuicios a los demás”.

346. En cuanto a los regímenes de edad para la fijación de la capacidad de culpabilidad penal, el aspecto comparativo resulta esencial, y se aproxima al siguiente: (1) Brasil. Estatuto del Niño y del Adolescente, según Ley 8069 de julio de 1990: artículo 2 Se considera niño, para los efectos de esta ley, a la persona de hasta doce años de edad incompleto, y adolescentes a aquella entre doce y dieciocho años de edad. Artículo 104: Son penalmente inimputables los menores de dieciocho años, quedando sujetos a las medidas previstas en esta Ley. Para los efectos de esta ley, debe ser considerada la edad del adolescente a la fecha del hecho; artículo 105 Al acto infractor practicado por un niño le corresponderán las medidas previstas en el artículo 101 (medidas de protección); (2) Costa Rica. Código de la Niñez y la Adolescencia (Ley 7739) Artículo 2. Definición. Para los efectos de este Código, se considera niño o niña a toda persona desde su concepción hasta los doce años de edad cumplidos, y adolescente a toda persona mayor de doce años y menor de dieciocho; Ley de Justicia Penal Juvenil (Ley 7576) Artículo 1. Ámbito de aplicación según los sujetos. Serán sujetos de esta ley todas las personas que tengan una edad comprendida entre los doce años y menos de dieciocho años al momento de la comisión de un hecho tipificado como delito o contravención en el Código Penal o leyes especiales; (3) Guatemala. Código de la Niñez y de la Juventud (Decreto 78/1996) Artículo 2 “Se considera niño o niña, para los efectos de esta ley, a toda persona desde su concepción hasta los doce años de edad cumplidos, y joven a toda persona desde los doce años hasta que cumpla los dieciocho años de edad”; Artículo 159 “Del término conflicto con la ley penal. Debe entenderse como una acción cometida por un joven en conflicto con la ley penal a aquella que sea tipificada como delito o contravención en el Código Penal o de leyes especiales; Artículo 160. Ámbito de aplicación según los sujetos. Serán sujetos de esta ley todas las personas que tengan una edad comprendida entre los doce años y menos de dieciocho años al momento de incurrir en una acción en conflicto con la ley penal o leyes especiales; 4) Honduras. Código de la Niñez y la Adolescencia (Decreto 73/1996). Artículo 1. Para todos los efectos legales se entiende por niño o niña a toda persona menor de dieciocho años. La niñez legal comprende los periodos siguientes: la infancia que se inicia con el nacimiento y termina a los doce años en los varones y a los catorce años en las mujeres y la adolescencia que se inicia

(V) El reconocimiento que la diferenciación entre régimen penal de menores y régimen penal de adultos, no implica que los menores no sean sujetos de todos los derechos y garantías que se reconocen en los sistemas de enjuiciamiento de adultos³⁴⁷, a estos derechos y garantías se agregan aquellas propias de la jurisdicción minoril, que únicamente serán desarrollados de manera sintética, en los párrafos que siguen.

Ciertamente, el derecho penal de menores, es una jurisdicción especializada, pero la misma, no obstante esa especialidad, no significa que en las áreas de investigación y en la fase del proceso, no se guarden los derechos y las debidas garantías, que confiere la Constitución y los tratados internacionales a todas las personas, precisamente por ello, la regla de diferenciación en el juzgamiento de los menores, en esta caso, no interfiere, y se trata de aplicar la regla de equiparación, por cuanto los menores deben de estar resguardados por las mismas derechos y garantías de los adultos, más aquellas que se entiendan especiales³⁴⁸.

en las edades mencionadas y termina a los dieciocho años. Los mayores de esta edad pero menores de veintinueve años toman el nombre de menores adultos; artículo 180. De los infractores de la ley. Los niños no se encuentran sujetos a la jurisdicción penal ordinaria o común, y sólo podrá deducirles la responsabilidad prevista en este Código por las acciones u omisiones ilícitas que realicen. Lo dispuesto en el presente título únicamente se aplicará a los niños mayores de doce años de edad, que cometan una infracción o falta. Los niños menores de doce años, no delinquen. En caso de que cometan una infracción de carácter penal sólo se les brindará la protección especial que en su caso requieren y se procurará su formación integral; 5) Nicaragua. Código de la Niñez y de la Adolescencia (Ley 287-1998). Artículo 2. El presente Código considera como niña o niño a los que hubiesen cumplidos 13 años de edad y adolescente a los que se encuentren entre los 13 y 18 años de edad no cumplidos. Artículo 95. La Justicia Penal del Adolescente establecida en el presente Código, se aplicará a los adolescentes que tuviesen 13 años cumplidos y que sean menores de 18 años, al momento de la comisión de un hecho tipificado como delito o falta en el Código Penal o en leyes penales especiales... Las niñas y niños que no hubiesen cumplido los 13 años de edad, no serán sujetos a la Justicia Penal Especial para Adolescentes, están exentos de responsabilidad penal, quedando a salvo la responsabilidad civil, la cual será ejercida ante los tribunales jurisdiccionales competentes. Sin embargo el juez referirá el caso al órgano administrativo correspondiente con el fin de que se le brinde protección integral, velará y protegerá en todo caso se respeten los derechos, libertades, y garantías de los mismos. Se prohíbe aplicarles por ningún motivo cualquier medida que implique privación de libertad"; 6) Perú. Código de los Niños y los Adolescentes (Decreto-ley 26.102. 1993) Artículo 1. Definición. Se considera niño a todo ser humano desde su concepción hasta cumplir los doce años de edad, y adolescente desde los doce hasta cumplir los dieciocho años de edad. Artículo 207. Definición. Se considera adolescente infractor al autor o partícipe de un hecho punible tipificado como delito o falta en la ley penal Artículo 208. Medidas. El niño menor de doce años que infrinja la ley penal, será pasible de medidas de protección previstas en el presente Código; República Dominicana. Código para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes (Ley 14/1994) Artículo 2. Para los efectos del presente Código, se consideran niño, niña y adolescente todo ser humano desde su nacimiento hasta los dieciocho años de edad. Se le calificará de niño o niña desde su nacimiento hasta los doce años y adolescente desde los trece años hasta los dieciocho años cumplidos. Artículo 122. Son niños, niñas y adolescentes infractores los y las que incurran en hechos sancionados por la ley; Artículo 231. Son inimputables los niños, niñas y adolescentes. Si se les atribuyere la comisión de actos contrarios a la ley, no podrán ser enjuiciados y penados por los tribunales ordinarios. En todo caso, están bajo la jurisdicción de los tribunales de niños, niñas y adolescentes y se les aplicarán las reglas establecidas en este Código; Venezuela. Ley orgánica para la protección del niño y del Adolescente. Artículo 2. Definición de niño y de adolescente. Se entiende por niño a toda persona con menos de doce años de edad. Se entiende por adolescente a toda persona con doce años o más y menos de dieciocho años de edad. Artículo 332. Cuando un niño se encuentre incurso en un hecho punible sólo se le aplicará medidas de protección, de acuerdo a lo previsto en esta ley. DAVID Pedro R. "Sociología Criminal Juvenil". LexisNexis. Sexta edición actualizada. Buenos Aires. Argentina. 2003 pp 220 a 227.

347. Respecto de los derechos y garantías, reconocidas a los menores ver: RIVAS GALINDO Doris Luz, MANZANO MELGAR María Consuelo "La estructura del proceso penal de menores" en Justicia Penal de Menores". AA. VV. ARSJ/UTE. 1° edición. San Salvador. El Salvador. 19981 pp 27 a 29. 348. Al respecto en materia constitucional se ha dicho: "Lo esencial en el marco regulatorio distinto al régimen penal de adultos es el establecimiento de mayores garantías para el menor frente al poder punitivo del Estado,

Por ejemplo en el ámbito del proceso penal se reconocen las garantías y derechos siguientes: a) Derecho a ser tratado con respeto a la dignidad humana; b) Derecho a la presunción de inocencia; c) Derecho a no ser objeto de injerencias arbitrarias en el domicilio o las comunicaciones; d) Derecho a no ser torturado o sometido a trato cruel o inhumano; e) derecho a ser informado de los hechos atribuidos; f) derecho a no declarar; g) derecho a la asistencia letrada; h) derecho a defenderse y a la inviolabilidad de su defensa; i) derecho a un interprete; j) derecho a no ser detenido arbitrariamente y a ser llevado sin demora ante un juez; k) derecho a un juez natural, independiente e imparcial; l) Derecho a un proceso contradictorio; m) derecho al recurso.

En lo relativo a las garantías propias de la justicia minoril pueden aproximarse las siguientes, sin que ello signifique cubrir la extensión de los mismos:

(I) El derecho a la protección de la intimidad, con lo cual se prescribe la publicidad en el caso de los menores a quienes se imputa una infracción penal, y ello es la regla general, de ahí que no debe ser publicada ninguna información que pueda dar lugar a la individualización de los menores infractores, es obvio que ello trata de disminuir las consecuencias del etiquetamiento y de la estigmatización delictiva³⁴⁹, que pueden hacer disfuncional, la protección integral de los menores y los fines del principio educativo; ello se reconoce en las reglas 8 y 18 de las Reglas de Beijing; Lo anterior, también es reconocido como derecho y garantía en el artículo 5 LPJ letras (b) y (c).

(II) La garantía de una justicia penal especializada. Se indica de la importancia de que la jurisdicción que conozca de las imputaciones penales de los menores sea especializada³⁵⁰, ello es un requerimiento de la misma Convención de los Derechos del Niño que lo exige en el artículo 40.3; pero dicha garantía también esta estatuida en la Convención Americana sobre Derechos Humanos que en el artículo 5. 5 estatuye: que “cuando los menores puedan ser procesados, deben ser separados de los adultos y llevados antes tribunales especializados, con la mayor celeridad posible, para su tratamiento”. La especialización también atañe al régimen punitivo aplicado a los menores, el cual debe ser esencialmente diferente al

en relación con las garantías reconocidas para los primeros. Lo que se traduce en que, en ningún caso, el menor quedará en desventaja frente al proceso penal de adultos, es decir, el menor tiene los mismos derechos que un adulto procesado penalmente, pero sobre esa base, las normas especiales sólo pueden ser entendidas como tales en la medida que sean más favorables y que, por tanto, provean concretamente mayores garantías al menor. Lo importante es advertir que, más allá de una regulación formal de determinados aspectos, resulta que lo regulado en la ley especial deba constituir algo más favorable -un monto menor en la penalidad de los delitos y faltas, plazos procesales más cortos, instituciones especializadas en su reinserción social etc.- 349. Aunque señalándolo como principio de no estigmatización QUINTANILLA MOLINA Salvador Antonio “Los Principios de la ley del menor...” op cit p 74.

350. Lo trata como principio de especialidad QUINTANILLA MOLINA Salvador Antonio “Los Principios de la ley del menor...” op cit p 75.

de la justicia punitiva de adultos, tanto en la especie como en el contenido de las consecuencias jurídicas³⁵¹.

Como se ha expresado en las Reglas de Beijing, los operadores del sistema de la justicia penal juvenil, deben ser especializados en el sentido de conocer las características particulares de la delincuencia juvenil, de ahí la importancia de una exigencia de formación mínima en el ámbito multidisciplinar³⁵².

(III) Aunque la celeridad en la justicia es una garantía para todos los gobernados, asume una dimensión especial, respecto del proceso de menores, por cuanto, en este ámbito, el derecho a un juicio sin dilaciones indebidas, asume una connotación diferente, precisamente la Convención sobre los derechos del niño, establece en el artículo 40. "(b) Que todo niño que del que alegue ha infringido las leyes penales, o a quien se acuse de haber infringido esas leyes se le garantice por lo menos, lo siguiente: (iii) Que la causa será dirimida sin demora por una autoridad u órgano judicial competente, independiente e imparcial en una audiencia equitativa conforme a la ley; en presencia de un asesor jurídico u otro tipo de asesor adecuado, y a menos que se considere que con ello fuere contrario al interés superior del menor, teniendo en cuenta en particular su edad o situación y a sus padres o representantes legales". En igual sentido las reglas de Beijing que estatuye en la regla 20 la prevención de demoras innecesarias prescribiendo que: "Todos los casos se tramitaran desde el comienzo de manera expeditiva y sin demoras innecesarias".

(IV) La detención provisional como medida de ultima ratio. Si la presunción de inocencia, determina que la privación de libertad de quien es sometido a proceso y a juicio, debe ser la excepción y que la regla general debe ser la libertad, ello es todavía más imperioso tratándose de menores, de ahí que en el ámbito del derecho penal juvenil, se establece el carácter excepcionalísimo³⁵³

351. Sobre este parámetro de especialidad se ha considerado: "Atendiendo a la consagración constitucional de la exigencia de un régimen jurídico especial al que se somete la conducta antisocial de los menores, es necesario abordar la principal manifestación que dicho régimen debe adoptar. Con frecuencia se suele entender que no debe existir diferencias sustanciales entre el sistema especial para menores con respecto al sistema penal para adultos, aludiendo que el rango distinto que diferencia uno del otro, simplemente consiste en una legislación punitiva formalmente separada del penal de adultos, es decir, la regulación de un cuerpo normativo distinto de la legislación penal común, pero sin tratamiento sustantivo y procesal que los diferencie. Sin embargo, dado que la minoría de edad comprende un periodo de la existencia del ser humano que no es exacto y absoluto, sino que varía según la clase de relaciones que puedan entrar en juego, y están en función directa con el ordenamiento positivo que las regula, es evidente que el constituyente ha establecido que las conductas antisociales de los menores esté sometido a un régimen especial, lo que no puede significar otra cosa que constitucionalmente está prohibido prescribir el mismo régimen sancionatorio para menores que para mayores de edad".

352. Se indica que las personas que intervienen en la función de la administración de la justicia de menores deben tener conocimientos básicos de derecho, psicología, pedagogía, criminología, disciplinas del comportamiento, sociología. En tal sentido ver ROCATTI Mireille, LARA Evangelina "Justicia Juvenil en el Estado de México. ILANUD (editor), México D.F. 1996 p 332.

353. Sobre el carácter excepcional de la privación de libertad GUZMÁN FLUJÁ Vicente, BELLOFF Mary Anna, MARTÍN ATIENZA María Luisa "Apuntes sobre el Proceso de Menores..." op cit p 189; FERNÁNDEZ MARTÍNEZ Ana Cristina, MURGAS LÓPEZ Carlos Ovidio, RIVAS GALINDO Doris Luz, OCHOA GÓMEZ Edgar Alexander, DE JIMÉNEZ Edith Haydee, GUERRERO MORALES Elisa, TORRES GAVIDIA Manuel de Jesús, JOSA DE

la detención de los menores³⁵⁴ –que la LPJ en el artículo 76 llama medida provisional– siendo, pero que en su esencia constituye una detención provisional, ésta medida debe ser el ultimo recurso a utilizar, de ahí que deben aplicarse por regla general otras medidas distintas a la privación de libertad como medida provisional³⁵⁵ ; el fundamento para decretar una medida provisional de privación de libertad, únicamente si concurren los presupuestos del artículo 54 de la LPJ y si con la misma no se afecta en el caso particular, los grandes principios rectores que informa al derecho penal minoril.

Es importante señalar que los menores que se encuentren privados de libertad de manera provisional, deben estar separados de la población reclusa adulta, ora que estén guardando detención en establecimientos distintos o por lo menos en recintos completamente separados, ello es lo que establece el artículo 13. 4 de las Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de los menores cuando se dispone que: “Los menores que se encuentren en prisión preventiva estarán separados de los adultos y reclusos en establecimientos distintos o en recintos separados en los establecimientos en que haya detenido adultos”.

Resulta evidente que la prisión preventiva es generadora de situaciones afflictivas para las personas que la sufren –poena forensi – de ahí que, en tratándose de menores, se pretende que estos males que importan un sufrimiento anticipado, se reduzcan al máximo, y ello es posible lograrlo, utilizando la detención provisional como el recurso más extremo, lo cual también es acorde, al principio de proporcionalidad, teniéndose en cuenta, con mayor énfasis en la valoración, el principio de proporcionalidad en sentido estricto.

ROMERO María Antonieta, QUANT DE LINARES María Antonieta, CAMPOS VENTURA Oscar Alirio, SÁNCHEZ RIVAS Patricia, RIVERA Sneider, DÍAZ CASTILLO Xenia “Justicia Penal Juvenil...” op. cit p 80
354. La declaración de Beijing dice en el artículo 13. 1 que: Sólo se aplicará la prisión preventiva como último recurso y durante el plazo más breve posible”.

355. El artículo 13. 2 de la precitada declaración expresa que: “Siempre que sea posible se adoptaran medidas sustitutorias de la prisión preventiva, como la supervisión estricta, la custodia permanente, la asignación a una familia, o el traslado a un hogar, o a una institución educativa.

BIBLIOGRAFIA.

ABBAGNANO Nicola “Diccionario de Filosofía”. Fondo de la Cultura Económico. México D.F. México. 1961.

ALASTUEY DOBÓN M. del Carmen “La Reparación de la Víctima en el marco de las sanciones penales”. Valencia. España. Tirant lo Blanch. 2000.

ALBRECHT Peter Alexis “Respecto del futuro del derecho penal de menores: peligros y chances” en Un Derecho Penal del Menor. Juan Bustos Ramírez (editor). Editorial Jurídica Cono Sur. Santiago de Chile. 1992.

ÁLVAREZ CONDE Enrique “Curso de Derecho Constitucional”. Volumen I. Tecnos. 3^o edición. Madrid. España. 1999.

AMELUNG Knut “Contribución a la crítica del sistema jurídicopenal de orientación políticocriminal de Roxin”. Traducción de Francisco Muñoz Conde en “El sistema Moderno del Derecho Penal. Cuestiones fundamentales”. Tecnos. Madrid. España. 1991.

CALDERÓN CERESO Angel, CHOCLÁN MONTALVO José Antonio “Derecho Penal”. Tomo I. Parte General. Bosch. Barcelona. España. 1999.

ARMIJO SANCHE Gilbert “Manual de Derecho Procesal Penal Juvenil”. Investigaciones Jurídicas. San José Costa Rica. 1998.

ARROYO GUTIÉRREZ José Manuel “El Sistema Penal ante el Dilema de sus Alternativas”. Colegio de Abogados de Costa Rica. 1^o edición. San José. Costa Rica 1995.

ARROYO GUTIÉRREZ José Manuel en “Ejecución de las sanciones en la justicia penal juvenil” en De la Arbitrariedad a la Justicia: adolescentes y responsabilidad penal en Costa Rica. Mauricio González Oviedo, Carlos Tiffer (Editores). UNICEF. San José Costa Rica. 2000.

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 Sánchez, Javier Llobet Rodríguez. Compiladores. Editorial Jurídica Continental. San José. Costa Rica. 2004.

BACIGALUPO Enrique “Las bases institucionales de la política criminal española en los últimos años. El principio de legalidad como tarea inconclusa” en “De las Penas”. Homenaje al profesor Isidoro de Benedetti. Depalma. Buenos Aires. Argentina. 1997.

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.

BARATTA Alexandro "Viejas y nuevas estrategias en la legitimación del derecho penal" en Revista Poder y Control. Numero 0. Barcelona. España 1986.

BARATTA Alexandro "Criminología crítica y crítica del derecho penal" Siglo XXI Editores. México D.F. 1986.

BARATTA Alexandro "Elementos de un Nuevo Derecho Penal para la Infancia y la Adolescencia" en "La Niñez y la Adolescencia en Conflicto con la Ley Penal". Editorial Hombres de Maíz. Ministerio de Justicia. San Salvador. EL Salvador 1995.

BARATTA Alexandro "Reintegración social del detenido. Redefinición del concepto y elementos de operacionalización" en "La Pena: Garantismo y Democracia". A propósito de la reforma penal en curso. Mauricio Martínez (compilador). Ediciones Jurídicas. Gustavo Ibañez. Santa Fe de Bogotá. Colombia. 1999.

BECCARIA Cesare "De los Delitos y de las Penas". Traducción de Juan Antonio De Las Casas. Editorial Alianza. Madrid. España. 1998.

BELOFF Mary "Algunas confusiones en torno a las consecuencias jurídicas de la conducta transgresora de la ley penal en los nuevos sistemas de justicia juvenil latinoamericano" en "Adolescentes y Responsabilidad Penal". Emilio García Méndez. Compilador. AD-HOC. Buenos Aires. Argentina. 2001.

BERISTAIN IPÍÑA Antonio "Nuevo Proceso Penal desde las Víctimas" en la Administración de Justicia. En los albores del tercer milenio. Messuti, Sampedro Arrubla. Compiladores. Editorial Universidad. Buenos Aires. Argentina. 2001.

BERTELOTTI Mariano "El principio de ne bis in idem: un análisis desde una perspectiva Histórica-comparada" en "Las Garantías Penales y Procesales". Enfoque histórico-comparado. Edmundo S. Hendler (comp). Editores del Puerto. Buenos Aires. Argentina. 2001.

BINDER Alberto M. "Introducción al Derecho Penal". AD-HOC. Buenos Aires. Argentina. 2004.

BLANCO Edward Sidney, MEMBREÑO José Ricardo "Ley Penitenciaria". Concordada, comentada y anotada. ARSJ-UTE. San Salvador. El Salvador. 1998.

BOVINO Alberto "El Encarcelamiento Preventivo en los Tratados de Derechos Humanos" en La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales. Compiladores. Martín Abregú/Christian Courtis. Centro de Estudios Legales y Sociales. Editores del Puerto. Buenos Aires. Argentina. 1997.

BUSTOS RAMÍREZ Juan "Control Social y Sistema Penal". PPU. Barcelona. España. 1987.

BUSTOS RAMÍREZ Juan "Inimputabilidad y Edad Penal" en Justicia Penal y Sociedad N° 6. INECIP. Ciudad de Guatemala 1998.

BUSTOS RAMÍREZ Juan "Hacia la desmitificación de la facultad reformadora en el derecho de menores: por un derecho penal de menores" en "Un Derecho Penal del Menor". Juan Bustos Ramírez (editor).

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

CAFFERATA NORES José I. “Cuestiones Actuales sobre el Proceso Penal”. Tercera edición actualizada. Editores del Puerto. Buenos Aires. Argentina. 2000.

CAFFERATA NORES José I. “La Prueba en el Proceso Penal”. 3° edición actualizada y ampliada. Depalma. Buenos Aires. Argentina. 1998.

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.

CAMPOS CALDERÓN J. Federico “Consideraciones en torno al derecho constitucional a no inculparse en el proceso penal. “(Nemo tenetur se ipsum accusare: nadie tiene que acusarse así mismo) en “Revista de la Defensa Pública”. N° 3. Octubre. 2003. San José. Costa Rica. 2003

CAMPOS VENTURA Oscar Alirio “Antecedentes, orígenes y evolución de los modelos de justicia penal juvenil” en “Justicia Penal de Menores”. AA. VV. ARSJ/UTE. 1° edición. San Salvador. El Salvador. 19981

CAMPOS VENTURA Oscar Alirio “Perspectivas actuales de la ley del menor infractor: hacia la plena legitimación social de un modelo eficaz por medio de sus programas de ejecución de medidas” en “Justicia Penal de Menores”. AA. VV. ARSJ/UTE. 1° edición. San Salvador. El Salvador. 1981

CARBONELL MATEU Juan Carlos “Derecho Penal: Concepto y principios Constitucionales”. Tirant lo Blanch. 3° edición. Valencia. España. 1999..

CARRANZA Elias “Las Prisiones en América Latina” en “Conferencia Latinoamericana sobre Reforma Penal y Alternativa a la Prisión. Memorias”. Ministerio de Justicia de la República de Costa Rica y Reforma Penal Internacional. San José Costa Rica. 2002.

CASADO PÉREZ José María, DURAN RAMÍREZ Juan Antonio, DURO VENTURA Cesareo, LÓPEZ ORTEGA Juan José, MARCO COS José Manuel, SALAZAR GRANDE Cesar E. y SEOANE SPIEGELBERG José Luis “Código Procesal Penal Comentado”. Tomo I. Corte Suprema de Justicia. Primera edición. San Salvador. El Salvador. 2001.

CILLERO BRUÑOL Miguel “Los derechos de los niños y los límites del sistema penal” en “Adolescentes y Justicia Penal”. UNICEF e ILANUD Editores. Santiago de Chile. Chile. 2000.

CILLERO BRUÑOL Miguel “Nulla poena sine culpa”. Un límite necesario al castigo penal de los Adolescentes” en “Adolescentes y Responsabilidad Penal”. Emilio García Méndez. Compilador. AD-HOC. Buenos Aires. Argentina. 2001.

CLARIA OLMEDO Jorge A. "Derecho Procesal Penal". Tomo I. Actualizado por Jorge E. Vázquez Rossi. Rubinzal-Culzoni. Santa Fe. Argentina. 1998.

COBO DEL ROSAL Manuel, VIVES ANTÓN Tomás S. "Derecho Penal". Parte General. 4° edición. Conforme al Código Penal de 1995. Tirant lo Blanch. Valencia, España. 1996.

COUSIÑO MAC IVER Luis "Derecho Penal Chileno. T. III. Editorial Jurídica de Chile. Santiago de Chile. 1992.

CRISTIE Niels "Los Límites del Dolor". Fondo de la Cultura Económica. México D.F. 1984.

CURY Enrique "La Ley Penal en Blanco". Temis. Bogotá, Colombia 1988.

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.

CHOCLÁN MONTALVO José Antonio "Culpabilidad y Pena". Su medición en el proceso penal salvadoreño. Justicia de Paz. CSJ-AECI. 1° Edición. San Salvador. El Salvador 1999.

CHOCLÁN MONTALVO José Antonio "El Delito Culposo". Corte Suprema de Justicia. San Salvador. República de El Salvador. 2001.

DALL' ANESE Francisco "Derecho Penal: lo científico y lo político" en "Democracia, Justicia y Dignidad Humana. Homenaje a Walter Antillón Montealegre. Juan Marcos Rivero Sánchez, Javier Llobet Rodríguez". Compiladores. Editorial Jurídica Continental. San José. Costa Rica. 2004.

DA ROCHA Joaquín "Experiencias en el área de política penitenciaria" en "Jornada sobre sistema penitenciario y derechos humanos" Editores del puerto. Buenos Aires. Argentina 1997.

DAVID Pedro R. "Sociología Criminal Juvenil". LexisNexis. Sexta edición actualizada. Buenos Aires. Argentina. 2003.

DIEZ RIPOLES José Luis "El nuevo modelo penal de la seguridad ciudadana" en "Revista Electronica de Ciencias Penales y Criminológicas". 06-03-04 (2004). <http://criminnet.ugr.es/recpe>.

DÍAZ Y GARCÍA CONILEDO 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.

DORANTES TAMAYO Luis Alfonso "Filosofía del Derecho". Segunda edición. Oxford University Press. México D. F. 2000.

DOVAL PAIS Antonio "Posibilidad y Limites para la Formulación de las Normas Penales". El caso de las leyes penales en blanco. Tirant lo Blanch. Valencia. España. 1999.

DWORKIN Ronald "Los Derechos en Serio". Editorial Ariel. Barcelona. España. 1984.

ESER Albin BURKHARDT Björn "Derecho penal. Cuestiones fundamentales de la teoría del delito sobre la base de casos de sentencia". Traducción de Silvina Bacigalupo y Manuel Cancio Meliá. Colex. Madrid. España. 1995.

FAURE Cristine (editora) "Las Declaraciones de los Derechos del Hombre de 1789". Fondo de Cultura Económico. México D.F. 1996.

FELLINI Zulita "Derecho Penal de Menores". AD-HOC. Primera reimpresión. Buenos Aires. Argentina. 2001.

FERNÁNDEZ MARTINES Ana Cristina, MURGAS LÓPEZ Carlos Ovidio, RIVAS GALINDO Doris Luz, OCHOA GÓMEZ Edgar Alexander, DE JIMÉNEZ Edith Haydee, GUERRERO MORALES Elisa, TORRES GAVIDIA Manuel de Jesús, JOSA DE ROMERO María Antonieta, QUANT DE LINARES María Antonieta, CAMPOS VENTURA Oscar Alirio, SÁNCHEZ RIVAS Patricia, RIVERA Sneider, DÍAZ CASTILLO Xenia "Justicia Penal Juvenil Salvadoreña". La experiencia de lo operadores. UNICEF (editor) 1° edición. San Salvador. El Salvador. 2001.

FERNÁNDEZ Gonzalo D. "Culpabilidad y Pena". Editorial B de F. Montevideo. Uruguay. 1995. FERNÁNDEZ Gonzalo D. "Bien Jurídico y Sistema de Delito" en "Teorías Actuales en el Derecho Penal". 1° edición. AD-HOC. Buenos Aires. Argentina. 1998

FERRAJOLI Luigi "Derecho y Razón". Teoría del Garantismo Penal. Traducción de Perfecto Andrés Banaez. Editorial Trotta. Madrid, España. 1997.

FERRERES COMELLA Víctor "El principio de taxatividad en materia penal y el valor normativo de la jurisprudencia. Una perspectiva constitucional". Civitas. Madrid. España 2002.

FEUERBACH Paul Johann Anselm Ritter von "Tratado de Derecho Penal". Común vigente en Alemania. Traducción al castellano de la 14° edición alemana (Giessen 1847) por Eugenio Raúl Zaffaroni e Irma Hagemeyer. Segunda edición. Editorial Hammurabi. Buenos Aires. Argentina. 1989.

FRIAS CÁBALLERO Jorge, CODINO Diego, CODINO Jorge "Teoría del Delito". Editorial Hammurabi. Buenos Aires. Argentina. 1993.

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.

GARCÍA ARAN Mercedes "Fundamentos y Aplicación de Penas y Medidas de Seguridad en el Código Penal de 1995". Aranzandi. Pamplona. España. 1997.

GARCÍA MÉNDEZ Emilio "Adolescentes en conflicto con la ley penal: seguridad ciudadana y derechos fundamentales" en "Estudios Básicos sobre Derechos Humanos VII". Instituto Interamericano de Derechos Humanos y Agencia Sueca para el Desarrollo Internacional. San José. Costa Rica. 1996.

GARCÍA MÉNDEZ Emilio "Derecho de la Infancia adolescencia en América Latina. Editorial Edino. Guayaquil. Ecuador. 1994.
GARCÍA MÉNDEZ Emilio "Infancia. De los derechos y la justicia". Editores del Puerto. Buenos Aires. Argentina. 1998.
GARCÍA MÉNDEZ Emilio, BELOFF Mary (editores) "Infancia, Ley y democracia en América Latina". Temis. Santa Fe de Bogotá. Colombia. 1998.

GARLAND David "Castigo y Sociedades Modernas". Editorial Siglo XXI. México D.F. 1999. GARRIDO MOTT Mario "Derecho Penal. Parte General". T. I. Editorial Jurídica de Chile. Santiago de Chile. 1997 p 147.

GASCON ABELLÁN Marina, GARCIA FIGUEROA Alfonso "Interpretación y Argumentación Jurídica". Consejo Nacional de la Judicatura. Escuela de Capacitación Judicial. San Salvador. El Salvador. 2003.

GOMEZ DE COSTA Antonio "Pedagogía y Justicia" en García Méndez y Beloff Mary (Editores) en "Infancia, Ley, y Democracia en América Latina." Temis. Santa Fe de Bogotá. Colombia. 1998.
GONZÁLEZ BONILLA Rodolfo Ernesto "Constitución y Jurisprudencia Constitucional". 1º edición. Corte Suprema de Justicia. San Salvador. El Salvador. 2003.

GONZÁLEZ-CUELLAR Nicolás "Proporcionalidad y Derechos Fundamentales en el Proceso Penal". Editorial Colex. Barcelona. España. 1990.

GUARIGLIA Fabricio "Las Prohibiciones Probatorias" en AA. VV. "El Nuevo Código Procesal Penal de la Nación". Análisis crítico. Editores del Puerto. Buenos Aires. Argentina. 1993.

GUZMÁN FLUJÁ Vicente, BÉLOFF Mary Anna, MARTÍN ATIENZA María Luisa "Apuntes sobre el Proceso de Menores en El Salvador". Consejo Nacional de la Judicatura. Escuela de Capacitación Judicial. San Salvador. El Salvador. 2002.

HAMILTON A. MADISON. J. JAY. J. "El Federalista". Fondo de la Cultura Económica. México D.F. 1943.

HASSEMER Winfried "Crítica al Derecho Penal de Hoy". Norma, interpretación, procedimiento. Límites a la prisión preventiva. Traducción de Patricia Ziffer. AD-HOC. 2º edición. Buenos Aires. Argentina. 1998.

HASSEMER Winfried "Fundamentos del Derecho Penal". Traducción y notas de Francisco Muñoz Conde y Luis Arroyo Zapatero. Bosch. Barcelona. España. 1994.

HASSEMER Winfried, MUÑOZ CONDE Francisco "Introducción a la Criminología y al Derecho Penal". Tiran lo Blanch. Valencia. España. 1982.

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.

HENDLER Edmundo S. "Derecho Penal y Procesal Penal de los Estados Unidos". AD-HOC. Primera edición. Buenos Aires. Argentina. 1996.

HENDLER Edmundo S. "Una regla que confirma sus excepciones: ne bis in idem" en "Las Garantías Penales y Procesales". Enfoque histórico-comparado. Edmundo S. Hendler (comp). Editores del Puerto. Buenos Aires. Argentina. 2001.

HENDLER Edmundo S. GULLCO Hernán V. "Casos de Derecho Penal Comparado". Segunda edición corregida y aumentada. Editores del Puerto. Buenos Aires. Argentina. 2003.

HERNÁNDEZ VALLE Rubén "El Derecho de la Constitución". Volumen II. Editorial Juricentro. San José. Costa Rica. 1994.

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.

HÖBBES Thomas "Diálogo entre un filósofo y un jurista y estudios autobiográficos". Tecnos. Madrid. España 1992.

HÖBBES Thomas "Leviatán". México. Fondo de Cultura Económica. México D.F. 1994.

HORMAZÁBAL MALARÉE Hernán "Bien Jurídico y Estado Social y Democrático de Derecho. El objeto protegido por la norma penal. PPU. Barcelona. España. 1991.

INECIP "Asociacionismo e Independencia Judicial en Centro América". INECIP-Guatemala. Ciudad de Guatemala. 2001.

JAKOBS Günter "Derecho Penal". Parte General. Fundamentos y Teoría de la Imputación. 2º edición corregida. Traducción de Joaquín Cuello Contreras y José Luis González Serrano de Murillo. Editorial Marcial Pons. Madrid. España. 1997.

JESCHECK Hans-Heinrich "Tratado de Derecho Penal". 4º edición. Completamente corregida y ampliada. Traducción de José Luis Manzanares Samaniego. Editorial Comares. Granada. España. 1993.

KAYBER Marijon "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.

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" Editorial Trotta. Madrid. España. 1997

KUHLEN A. "Der Handlungserfolg der strafbarem Gewässerverunreinigung" (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.

KÜNSEMÜLLER LOEBENFELDER Carlos "Culpabilidad y Pena". Editorial Jurídica de Chile. Santiago de Chile. 2002.

LAURENZO COPELLO Patricia "El Resultado en el Derecho Penal". Tirant lo Blanch. Valencia. España. 1992.

LÓPEZ GUERRA Luis "Introducción al Derecho Constitucional". Tirant lo Blanch. Valencia. España. 1994.

LLOBET RODRÍGUEZ Javier "El interés superior del niño y garantías procesales y penales" en Ley de la Justicia Penal Juvenil de Costa Rica. Lecciones aprendidas. UNICEF. San José. Costa Rica. 2000.

LLOBET RODRÍGUEZ Javier "Garantías y Sistema Penal". Releyendo hoy a Cesare Beccaria. Editorial Arete. San José. Costa Rica. 1999.

LUZON PEÑA José-Manuel "Curso de Derecho Penal". Editorial Hispamer. Colombia. 2000.

MAIER Julio B.J. "Derecho Procesal Penal Argentino". Tomo I. Vol. B. Fundamentos. Editorial Hammurabi. Buenos Aires. Argentina. 1989.

MAPELLI CAFFERANA Borja "Ejecución y proceso penal" en "Jornada sobre sistema penitenciario y derechos humanos" Editores del puerto. Buenos Aires. Argentina 1997.

MAPELLI CAFFERANA Borja "Tendencias modernas en la legislación penitenciaria" en "Jornada sobre sistema penitenciario y derechos humanos" Editores del puerto. Buenos Aires. Argentina 1997.

MAURACH Reinhart, ZIPF Heinz "Derecho Penal". Parte General. 1. Teoría General del derecho penal y estructura del hecho punible. Traducción de la séptima edición alemana por Jorge Bofill Genzch y Enrique Aimone Gibson. Editorial Astrea. Buenos Aires. Argentina. 1994.

MENDOZA BUERGO Blanca "El Derecho Penal en la Sociedad del Riesgo". Civitas. Madrid. España. 2001.

MIR PUIG Santiago "Revisión de la teoría del delito en un estado social y democrático de derecho" en "Crimen y Castigo". Año I. Agosto-2000. N° 1. Editorial Depalma. Buenos Aires. Argentina. 2001.

MIR PUIG Santiago "Introducción a las Bases del Derecho Penal". Concepto y método. 2° edición. Editorial B de F. Buenos Aires. Argentina. 2002.

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

MOCCIA Sergio "El Derecho Penal entre Ser y Valor. Función de la pena y sistemática teleológica". Editorial B de F. Buenos Aires. Argentina. 2003.

MOLINA FERNÁNDEZ Fernando "Responsabilidad Jurídica y Libertad". Una investigación sobre el fundamento material de la culpabilidad. Universidad Externado de Colombia. Bogotá. Colombia. 2002.

MORA MORA Luis Paulino, NAVARRO Sonia "Constitución y Derecho Penal". Corte Suprema de Justicia. Escuela Judicial. San José. Costa Rica. 1995.

MUÑOZ CONDE Francisco "El Principio de Culpabilidad" en Terceras Jornadas de Profesores de Derecho Penal. Santiago de Compostela Universidad Santiago de Compostela, España. 1975.

MUÑOZ CONDE Francisco "Introducción al Derecho Penal". 2º edición. Editorial B de F. Buenos Aires. Argentina. 2001

NAUCKE Wolfgang "La progresiva pérdida del contenido del principio de legalidad penal como consecuencia de un positivismo relativista y politizado". Traducción de Pablo Sánchez-Ortiz Gutiérrez en NESTLER Cornelius "El principio de Protección de bienes jurídicos y la punibilidad de la posesión de armas de fuego y de sustancias estupefacientes". Traducción de Guillermo Benlloch Petit en "La Insostenible Situación del Derecho Penal". Editorial Comares. Granada. España. 1999.

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

O'DONNELL Daniel "La Convención sobre los Derechos del Niño. Estructura y Contenido en "Derechos de la Niñez y de la Adolescencia". UNICEF Editores. San José Costa Rica. 2001.

PACHECO Máximo "Los Derechos Humanos". Documentos Básicos. Editorial Jurídica de Chile. Santiago de Chile. 1987.

PEDRAZ PENALVA Ernesto y otros "Comentarios al Código Procesal Penal". Tomo I. Consejo Nacional de la Judicatura. Escuela de Capacitación Judicial. 1º edición. San Salvador. El Salvador. 2003.

PÉREZ ROYO Javier "Curso de Derecho Constitucional". 3º edición. Marcial Pons. Madrid. España. 1998.

POLAINO NAVARRETE Miguel "El Injusto Típico en la Teoría del Delito". Editorial MAVÉ. Corrientes. Argentina. 2000.

PINTO Mónica "El Principio Pro-Homine. Criterios de hermenéutica y pauta para la regulación de los derechos humanos" en La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales. Compiladores. Martín Abregú/Christian Courtis. Centro de Estudios Legales y Sociales. Editores del Puerto. Buenos Aires. Argentina. 1997.

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

QUINTANILLA MOLINA Salvador Antonio "Los Principios de la ley del menor infractor" en "Justicia Penal de Menores". AA. VV. ARSJ/UTE. 1° edición. San Salvador. El Salvador. 1998.

QUINTERO OLIVARES Gonzalo "La Justicia Penal en España". Aranzandi. Pamplona. España. 1988.

QUINTERO OLIVARES Gonzalo "Locos y Culpables". Editorial Aranzandi. Pamplona. España. 1999

REALE Miguel "Introducción al Derecho". Traducción de Jaime Brufan Prats. Novena edición. Editorial Pirámide. Madrid. España. 1989.

RIVAS GALINDO Doris Luz, MANZANO MELGAR María Consuelo "La estructura del proceso penal de menores" en "Justicia Penal de Menores". AA. VV. ARSJ/UTE. 1° edición. San Salvador. El Salvador. 1981.

ROCATTI Mireille, LARA Evangelina "Justicia Juvenil en el Estado de México". ILANUD (editor). México D.F. 1996.

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

ROXIN Claus "Derecho Procesal Penal". Traducción de la 25° edición alemana por Gabriela E. Córdova y Daniel R. Pastor. Editores del Puerto. 1° Reimpresión. Buenos Aires. Argentina. 2001.

ROXIN Claus "La evolución de la Política Criminal, el Derecho Penal y el Proceso Penal". Traducción de Carmen Gómez Rivero y María del Carmen García Cantizano. Tirant lo Blanch. Valencia. España. 2000.

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.

RUBIO LLORENTE Francisco "Derechos Fundamentales y Principios Constitucionales (doctrina jurisprudencial)". Editorial Ariel. Barcelona. España. 1995

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.

SANTOS MEJÍA DE ESCOBAR Aida Luz "La Reinserción social en la justicia minoril" en "Justicia Penal de Menores". AA. VV. ARSJ/UTE. 1° edición. San Salvador. El Salvador. 19981.

SCHÜNEMANN Berd "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.

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.

SILVA SÁNCHEZ Jose-María "El nuevo Código Penal: Cinco cuestiones fundamentales. Bosch. Barcelona. España. 1997.

SILVA SÁNCHEZ José-María "Aproximación al Derecho Penal Comtemporaneo". J.M. Bosch. Editor. Barcelona. España. 1992.

SOTOMAYOR A. Juan Oberto "Inimputabilidad y Sistema Penal". Temis. Santa Fe de Bogotá. Colombia. 1996

STRATENWERTH Günter "Derecho Penal". Parte General I. El hecho punible. Traducción de la segunda edición alemana (1976) por Gladys Romero. Edersa. Madrid. España. 1982.

SUAREZ SÁNCHEZ Alberto "El Debido Proceso Penal". Universidad Externado de Colombia. Bogotá. Colombia. 1998.

TAMARIT SUMALLA Joseph María "El nuevo Derecho Penal de Menores" ¿Creación de un sistema penal menor? Revista Penal. Número 8. Barcelona. España. 2001.

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.

TIFFER Carlos "La Ley de Justicia Penal Juvenil. Concordada y anotada. Editorial Juritexto. San José. Costa Rica. 1996.

TINETTI José Albino, SORIANO RODRÍGUEZ Salvador Héctor, MARROQUIN GALO Fernando, JOSA 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.

TORO David "Reincorporación Social" en "Conferencia Latinoamericana sobre Reforma Penal y Alternativa a la Prisión. Memorias. Ministerio de Justicia de la República de Costa Rica y Reforma Penal Internacional. San José Costa Rica. 2002.

TREJO ESCOBAR Miguel Alberto "Autoría y Participación en Derecho Penal". Editorial Triple "D". 1° edición. San Salvador. El Salvador. 2000.

VALENCIA RESTREPO Hernán "Nomoárquica, Principialística Jurídica o los Principios Generales del Derecho" Editorial Temis. Santa fé de Bogotá. Colombia. 1993.

VELÁSQUEZ V. Fernando "Derecho Penal". Parte General. Temis. Bogotá. Colombia. 1997. VELÁSQUEZ 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.

VILLAVICENCIO TERREROS Felipe "Derecho Penal de los Derechos Humanos" en Justicia Para Todos. Jaime Martínez Ventura. Compilador. FESPAD ediciones. San Salvador. El Salvador 1997.

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.

VOLTAIRE 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.

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.

ZAFFARONI Eugenio R "Sistema penitenciario y normas constitucionales" en "Jornada sobre sistema penitenciario y derechos humanos" Editores del puerto. Buenos Aires. Argentina 1997.

ZAFFARONI Eugenio Raúl "Tratado de Derecho Penal". Parte General. Tomo I. Cardenas Editor. Primera Reimpresión. México D.F. 1997.

ZAFFARONI Eugenio Raúl, ALAGIA Alejandro, SLOKAR Alejandro "Derecho Penal". Parte general. Ediar. Buenos Aires. Argentina. 2000.

ZAFFARONI Eugenio Raúl. "Manual de Derecho Penal". Parte General. Ediar. Buenos Aires. Argentina. 1996.

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.

ZUNIGA MORALES Sandra Eugenia "Cuando las normas penales en blanco, vulneran el principio de legalidad" en Revista de Defensa Pública. N° 1. Octubre. San José. Costa Rica. 2001.

SENTENCIAS.

(I) Sentencias de Inconstitucionalidad.

Sentencia de Inconstitucionalidad pronunciada a las doce horas del diecisiete de Diciembre de mil novecientos noventa y dos respecto de la Ley de Impuestos a la Transferencia de Bienes Muebles y a la Prestación de Servicios. "Revista Judicial". Tomo XCIII. Enero-Diciembre 1992. Corte Suprema de Justicia. San Salvador. El Salvador. 1995.

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 No. 23 de la Corte Suprema de Justicia, San Salvador, El Salvador, 1997.

Sentencia de Inconstitucionalidad de la Sala de lo Constitucional. IS. 15-96/16-96/17-96/19-96/20-96/21-96/23-96. Acum. Sentencia de Inconstitucionalidad de la Sala de lo Constitucional. Inc. 24-97 ac. 21-98; 26-09-00.

Sentencia de Inconstitucionalidad de la Sala de lo Constitucional. Inc. 1-92; 19-07-96.

Sentencia de Inconstitucionalidad de la Sala de lo Constitucional. IS00488. 99 acu. IS00196.99.

Sentencia de Inconstitucionalidad de la Sala de lo Constitucional.

Inc. 17-95; 14-12-95.

Sentencia de Inconstitucionalidad de la Sala de lo Constitucional. IS. 15-96/16-96/17-96/19-96/20-96/21-96/23-96. Acum. Sentencia de Inconstitucionalidad de la Sala de lo Constitucional. IS002497.00 ac. 21-98.

Sentencia de Inconstitucionalidad de la Sala de lo Constitucional IS. 3-92 ac. 6-92; 17-12-92. Sentencia de Inconstitucionalidad de la Sala de lo Constitucional". IS27-99; 06-09-01.

Sentencia de Inconstitucionalidad de la Sala de lo Constitucional en sentencia de inconstitucionalidad IS23-97; 22-10-01 Sentencia de Inconstitucionalidad de la Sala de lo Constitucional IS. 3-92 ac. 6-92; 17-12-92.

Sentencia de Inconstitucionalidad de la Sala de lo Constitucional de 20-VII-1999, Inc. 5-99. 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 Anti Maras. Publicaciones de la Corte Suprema de Justicia. San Salvador. El Salvador. 2004

(II) Sentencias en procesos de Amparo.

Sentencia de Amparo de la Sala de lo Constitucional. Amp. 422-97: 28-05-99.

Sentencia de Amparo de la Sala de lo Constitucional del 25 de mayo de 1999. Ref. 167-97.

Sentencia de Amparo de la Sala de lo Constitucional del 13 de Octubre de 1998. Ref. 150-97.

Sentencia de Amparo de la Sala de lo Constitucional ref. 492-98 de fecha 11 de Enero de 2000.

(III) Sentencias en procesos de Exhibición Personal.

Sentencia en Habeas Corpus de la Sala de lo Constitucional. HS004T95.96.

Sentencia de Habeas Corpus de la Sala de lo Constitucional. HS047797.97 ac. HS050597.97.

Sentencia de Habeas Corpus de la Sala de lo Constitucional. HS033697.97; acu HS 035897.97; HS038097.97; HS040697.97.

Sentencia de Habeas Corpus de la Sala de lo Constitucional. HS012B96. 96.

Sentencia de Habeas corpus de la Sala de lo Constitucional. HS015300. 00.

Sentencia de Habeas Corpus de la Sala de lo Constitucional en HS001397.97.

(IV) Sentencias de Casación de la Sala de lo Penal. Sentencia de la Sala de lo Penal de las quince horas del día veintisiete de junio del dos mil uno.

Sentencia de la Sala de lo Penal, de las nueve horas del día catorce de mayo de dos mil tres (128-01). Sentencia de la Sala de lo Penal,

de las ocho horas y veinte minutos del día veinte de junio de dos mil tres (208-02).

Sentencia de la Sala de lo Penal, de las once horas del día dieciocho de octubre de dos mil dos.

Sentencia de la Sala de lo Penal, de la diez horas del día dos de octubre del dos mil uno (272-00).

Sentencia de la Sala de lo Penal, de las nueve horas del día tres de junio de dos mil dos.

Sala de lo Penal sentencia de las de las ocho horas y treinta minutos del día diecisiete de enero del dos mil tres (110-01).

(V) Opiniones Consultivas y Sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Opinión Consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

OC-4-84 del diecinueve de Enero de 1984. SER. A. N° 4.

Opinión Consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

OC-8/87 del 30 de Enero de 1987. (SER. A) (1987).

Opinión Consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

en Opinión Consultiva OC-6/86 del nueve de Mayo de 1986. (SER A) N° 6. (1986).

Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en Loayza Tamallo contra Perú. Tribunal

(VI) Sentencias de Tribunales y Cámaras.

Sentencia de la Cámara de la Tercera Sección Occidente de fecha 18-02-02.

Sentencia del Tribunal Tercero de Sentencia de San Salvador de fecha 12-06-03.

Sentencia del Tribunal Tercero de Sentencia de San Salvador. 08-09-02.

Sentencia del Tribunal Tercero de Sentencia de San Salvador de fecha 22-11-02.

Sentencia del Tribunal Tercero de Sentencia de San Salvador de fecha 09-08-02.

Sentencia del Tribunal Tercero de Sentencia de San Salvador de fecha 19-06-02.

Sentencia del Tribunal Tercero de Sentencia de San Salvador de fecha 12-06-03.

Sentencia del Tribunal Tercero de Sentencia de San Salvador de fecha 21-09-01.

Sentencia del Tribunal de Sentencia de San Vicente de fecha 16-02-99.

Sentencia del Tribunal Tercero de Sentencia de San Salvador de fecha 10-04-01.

Sentencia del Tribunal Tercero de Sentencia de San Salvador. 09-08-02.

Sentencia del Tribunal Tercero de Sentencia de San Salvador. 10-04-01.

Sentencia de la Cámara de la Tercera Sección Occidente de fecha 18-02-02.